

# A TEORIA DA APARÊNCIA

*Maurício Jorge Mota\**

Aparência de direito. Noção jurídica de aparência de direito. Ordenamentos estrangeiros. Evolução histórica da aparência de direito no Brasil. Teoria da aparência no direito civil. Casuística da aparência de direito. Eficácia da aparência de direito. Aparência de direito como princípio de direito. Conclusão. Bibliografia.

## 1. APARÊNCIA DE DIREITO

### 1.1. NOÇÃO JURÍDICA DE APARÊNCIA DE DIREITO

#### 1.1.1. REALIDADE E VERDADE

Desde o seu surgimento no mundo jurídico, a teoria da aparência tem provocado acesas polêmicas na doutrina e na jurisprudência, não só no Brasil, mas também, em diversos outros ordenamentos jurídicos.

Contribuiu em muito para o acirramento dessa polêmica, entre nós, o fato de que o direito civil pátrio não instituiu entre seus preceitos uma regra geral prevendo a validade da aparência de direito. As normas referentes à tutela da aparência de direito existentes no ordenamento civil, elaboradas numa época onde ainda predominava uma concepção eminentemente individualista e tradicional do Direito, contribuíram muito mais para a criação de

---

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor do Mestrado da Faculdade de Direito de Campos e Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

cizânia entre os juristas do que efetivamente para a justa resolução do problema.

O vocábulo aparência deriva do latim *apparentia* e, que segundo o Dicionário Lello Universal<sup>1</sup>, significa “aquilo que se mostra à primeira vista, o aspecto exterior”; “probabilidade, exterioridade ilusória”.

Aqui resulta uma primeira idéia acerca desse conceito: a da coincidência ou descoincidência entre a manifestação exterior e a essência do objeto manifestado. A aparência implica assim a existência de duas realidades, uma realidade exterior e outra realidade interior.

A realidade exterior compreende a exteriorização de um fato, de uma realidade visível e imediatamente apreendida, que é o fenômeno manifestante, ou aparente. A realidade interior é aquela manifestada mediatamente pelo fenômeno manifestante<sup>2</sup>.

Várias são as relações possíveis de se estabelecerem entre o fenômeno manifestante e a realidade que por este é mediatamente manifestada. Pode, por exemplo, aparecer o irreal como real, o real como real, o irreal como irreal, ou ainda, um aparecer neutro, indiferente à toda realidade ou irreabilidade<sup>3</sup>.

A aparência de direito somente se dá quando um fenômeno manifestante faz aparecer como real aquilo que é irreal, ou seja, quando há uma descoincidência absoluta entre o fenômeno manifestante e a realidade manifestada.

Como bem lembra Mariano D'Amélio, no mundo jurídico o estado de fato nem sempre corresponde ao estado de direito; mas o estado de fato, por si, tendo em vista considerações de ordem diversa, pode receber o mesmo respeito do estado de direito e, em determinadas condições e em resguardo de determinadas pessoas, gera consequências não diferentes daquelas que

---

<sup>1</sup> LELLO UNIVERSAL. GRAVE, João (org.). Novo Dicionário *Enciclopédico* Luso-Brasileiro . Vol. I. 2. ed. Porto : Lello e Irmão Editores, 1950. p. 148.

<sup>2</sup> MALHEIROS, Álvaro. Aparência de direito. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Comercial**. São Paulo, nº 6, out./dez., 1978, p. 45.

<sup>3</sup> FALZEA, Angelo. Apparenza. *Enciclopedia Del Diritto*. Vol. II. Milano : Giuffrè Editore, 1958, p. 685

derivariam do correspondente estado de direito. Deste modo, a situação geral pela qual alguém tenha feito racionalmente confiança sobre uma dada manifestação jurídica e se comportado em coerência com tal manifestação, lhe dá direito de contar com ela, ainda que tal manifestação não corresponda à realidade<sup>4</sup>.

### 1.1.2. CONCEITO JURÍDICO DE APARÊNCIA DE DIREITO

O advento da Revolução Industrial, a aceleração do comércio e das necessidades sempre prementes da vida dos negócios provocaram um desabrochar da teoria da aparência em sua acepção clássica. O ordenamento jurídico, atendendo à conveniência de imprimir segurança e celeridade ao comércio jurídico e à necessidade de dispensar proteção aos interesses legítimos, fez passar a aparência antes da realidade, reconhecendo como válidos alguns atos aparentemente verdadeiros e os efeitos jurídicos que a lei lhes atribui.

Argumentando acerca dessa nova predominância da segurança jurídica sobre a certeza do direito, os irmãos Mazeaud, assim se expressaram em relação à propriedade aparente:

La sécurité des transactions exige qu'une acquisition en apparence régulière ne puisse être remise en question; l'acquéreur qui a pris toutes les précautions ne doit pas être inquiété. D'autre part la règle protège les propriétaires véritables eux-mêmes, beaucoup plus qu'elle ne leur nuit: sans elle, les acquéreurs hésiteraient à traiter, réclameraient des justifications sans nombre. **Pour toutes ces raisons, la jurisprudence a admis que l'apparence était susceptible de produire des effets dans le domaine des droits réels, et spécialement du droit de propriété.** Elle fait jouer la règle même lorsque

---

<sup>4</sup> D'AMÉLIO, Mariano. *Apparenza del diritto. Novissimo Digesto Italiano. Vol. I.* Torino : Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1958, p. 714.

*l'acquisition qui crée l'apparence est nulle de nullité absolue*<sup>5</sup>

Angelo Falzea conceitua a aparência de direito como “a situação de fato que manifesta como real uma situação jurídica não real. Este aparecer sem ser coloca em jogo interesses humanos relevantes que a lei não pode ignorar”<sup>6</sup>.

Nessa definição resumem-se os aspectos mais importantes da idéia de aparência de direito. Primeiro, o fato da predominância da segurança sobre a certeza do direito: uma das razões fundamentais da importância atribuída ao fenômeno da aparência está no fato de que à realidade jurídica escapa normalmente a possibilidade de uma averiguação segura do direito que requer, comumente, indagações longas e complexas. Por isso, o princípio é chamado a socorrer e disciplinar, justamente, aqueles casos nos quais essa averiguação e essa busca apresentem maiores dificuldades e mesmo impossibilidade.

São os casos de exteriorização material nos quais não existe a correspondência entre a atividade do indivíduo e a realidade dos atos que pratica. Por isso terceiros de boa fé podem ter em conta a exteriorização e ignorar a realidade oculta.

O segundo aspecto relevante da definição é a restrição dos casos de aparência de direito às situações de fato que manifestem como real uma situação jurídica não real. Sempre que estivermos em presença de situações de aparência para as quais o direito já tenha assegurado tutela, como a posse (aparência de propriedade) ou a natureza cartular dos títulos de crédito, não estaremos diante de situações regidas pelos cânones da aparência de direito, mas por princípios jurídicos outros que buscam sua realidade em outras formas jurídicas específicas. Somente se poderá classificar uma situação real como aparência de direito quando a esta possa se aplicar, tão-somente, o princípio geral da aparência de direito.

---

<sup>5</sup> MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. *Leçons de droit civil*. Tome II. 5. éd. Paris : Éditions Montchrestien, 1975, p. 140.

<sup>6</sup> FALZEA, Angelo. *op. cit.* p. 685

A aparência de direito se caracteriza por e produz os efeitos que a lei lhe atribui, somente quando realiza determinados requisitos objetivos e subjetivos. São estes, no magistério de Vicente Ráo:

São seus requisitos essenciais objetivos: a) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma situação de direito; b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; c) e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse.

São seus requisitos subjetivos essenciais: a) a incidência em erro de quem, de boa fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera; b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu.

Como se vê, não é apenas a boa fé que caracteriza a proteção dispensada à aparência de direito. Não é, tampouco, o erro escusável, tão somente. São esses dois requisitos subjetivos inseparavelmente conjugados com os objetivos referidos acima, - requisitos sem os quais ou sem algum dos quais a aparência não produz os efeitos que pelo ordenamento lhe são atribuídos.<sup>7</sup>

Efetuando uma síntese dessas idéias, Álvaro Malheiros assim conceitua a aparência de direito:

Podemos agora tentar descrever e dar um conceito mais preciso da aparência de direito. Nela, um fenômeno materialmente existente e imediatamente real, manifesta um outro fenômeno - não existente materialmente nem imediatamente real - e o manifesta de modo objetivo, através de sinais, de signos aptos a

---

<sup>7</sup> RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. 3. ed. São Paulo : Max Limonad, 1965, p. 243.

serem apreendidos pelos que dele se acercarem; não através de símbolos, mas pelos próprios fatos e coisas, com base num comportamento prático, normal. Manifesta-o como real, conquanto não o seja, porque essa base de relações e de ações, abstratamente verificável na generalidade dos casos, vem a falhar no caso concreto<sup>8</sup>

## 2. ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

### 2.1 DIREITO ROMANO

O Direito Romano não contém mais do que soluções esparsas no que se refere à aparência de direito. A maior parte dessas é concernente a escravos que, se passando por homens livres, tinham conseguido se fazer indicar pretor, se designar árbitro ou ser nomeado testemunha. No primeiro caso, está registrado no texto do D.1.14.3, *de officio praetorum*, que considerou que os atos praticados pelo escravo como pretor deveriam ser mantidos. No texto, citado do Digesto, Ulpiano (comentários a Sabino, livro XXXVIII), expõe:

Barbário Filipe, quando era servo fugitivo, aspirou à pretura e foi designado como pretor. Mas Pompônio afirma que a servidão em nada lhe obsteu, como se não tivesse sido pretor; mas de qualquer modo é verdade que ele exerceu a pretura. E todavia vejamos: o que diremos se, sendo servo pelo tempo em que se escondeu, tenha feito exercício da dignidade pretória? As coisas que ele baixou por édito, que decretou, seriam de nenhuma importância? Ou acaso elas seriam da utilidade daqueles que perante ele agiram pela lei ou por algum outro direito? Eu verdadeiramente reputo que nada daquelas coisas sejam reprovadas, pois isto é mais humano; pois ainda, quando o povo romano pôde discernir,

---

<sup>8</sup> MALHEIROS, Álvaro. *op. cit.*, p. 65

atribuindo ao servo esta potestas, tê-lo-ia tornado livre, mesmo se soubesse, porém, que era servo<sup>9</sup>.

Outro texto romano, das Institutas, 2.10.7, assim dispunha:

7 . Quando, porém, alguma das testemunhas, ao tempo da confecção do testamento, era considerada livre, mas se verificou mais tarde que era escravo, tanto o imperador Adriano em reescrito a Catão Vero, como posteriormente os imperadores Severo e Antonino, decidiram que por sua liberalidade validavam o testamento, para que se considerasse perfeito desde o começo. E isso porque, ao tempo da confecção do testamento, a referida testemunha era reputada livre, **ninguém havendo que lhe contestasse o estado civil**<sup>10</sup>.

É controversa na doutrina a questão de se o Direito romano admitia a validade dos atos do herdeiro aparente<sup>11</sup>.

Outro caso relevante da aparência de Direito no ordenamento romano é o dos mútuos aos filhos-famílias. Tais mútuos foram proibidos por um senatus-consulto Macedoniano, da época de Vespasiano. Era ele sancionado por uma exceção rei *cohaerens*, a exceção *senatus consulti Macedoniani*, que o filho, o co-obrigado ou o fideiussor podia opor ao mutuante que exigisse a restituição do dinheiro emprestado<sup>12</sup>. Mas o *Digesto*, fragmento de Ulpiano, descreve que essa regra não era aplicada quando o filho-família tinha passado aos olhos de todos por *sui iuris*<sup>13</sup>. É o texto

---

<sup>9</sup> JUSTINIANO. *Digesto de Justiniano. Livro I*. tradução de Hécio Maciel França Madeira. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais; Osasco, SP : Centro Universitário FIEO, 2000. p. 113/114.

<sup>10</sup> JUSTINIANO. *Institutas de Justiniano*. tradução de José Cretella Júnior. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 124/125.

<sup>11</sup> CALAIS-AULOY, Jean. *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*. Paris : LGDJ, 1961, p. 15

<sup>12</sup> CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro : Rio, 1977, p. 348

<sup>13</sup> D. 14.6.3. "Si quis patremfamilias esse credidit non vana simplicitate deceptus, nec iuris ignorantia, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribusungebatur, cessabit Senatusconsultum", GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso

de D. 14.6.3 que dispunha: “se alguno creyó que era padre de familia, engañado por vana simplicidad, ni por ignorancia de derecho, sino porque públicamente parecia a los más padre de familia, y así obraba, así contrataba, y así desempeñaba cagos, dejará de ser aplicable el Senadoconsulto”<sup>14</sup>.

Entretanto, apesar desses dispositivos, não se encontra no Direito Romano uma teoria geral da aparência. Por duas razões principais:

- De um lado, porque as relações sancionadas pelo *ius civile* eram, em geral, dotadas de grande estabilidade, o que permitia aos contraentes averiguar minudencionalmente o contrato celebrado e descobrir a realidade oculta sob as aparências enganosas. A realidade não deixava de gerar direitos senão naqueles casos onde sua procura se revelava impossível.

- De outro lado, o formalismo do Direito romano levou ao mesmo resultado que a teoria da aparência e, freqüentemente, tornou esta inútil. A estreita ligação entre a forma do ato e a necessária representação dos agentes assegurou a conformidade entre a aparência e a realidade, suprimindo assim o erro suscetível de dar lugar à aplicação das regras da aparência<sup>15</sup>.

Dessa idéia não discrepa o jurista Vicente Ráo que atribui ao princípio da equidade as soluções da aparência jurídica dadas no direito romano:

“Quando muito, pois, poder-se-ia falar de escusa do erro comum, no direito romano, por força do princípio da equidade mas não por força do princípio da aparência que é, este último, construção do direito moderno”<sup>16</sup>

---

L. *Cuerpo del derecho civil romano. Primera Parte. Instituta-Digesto*. Valladolid : Editorial Lex Nova, 1988, p. 780/781.

<sup>14</sup> RÁO, Vicente. op. cit., p. 240.

<sup>15</sup> CALAIS-AULOY. op. cit., p. 16.

<sup>16</sup> RÁO, Vicente. op. cit., p. 240.



## 2.2 DIREITO FRANCÊS

O antigo direito francês não conheceu também a aplicação generalizada da teoria da aparência. Uma preocupação de sistematização se manifestou entretanto na aparição do adágio "*error communis facit ius*" cuja origem é obscura, mas que encontramos citados por Accursio em diferentes lugares de suas glosas<sup>17</sup>. O erro cria o direito quando ele é partilhado por todo mundo, quer dizer, quando ele é intransponível. Este rigor na apreciação do erro é de natureza a limitar a aplicação do adágio a algum casos excepcionais.

Entretanto, desde o século XV, se abriu caminho a uma aplicação original da aparência: os comerciantes descobriram o endosso da letra de câmbio.

No início do desenvolvimento desse instituto jurídico, a letra de câmbio nada mais era que um instrumento do contrato de câmbio trajetício, reputando-se essencial para a sua legitimidade não só uma remessa de dinheiro da praça, mas ainda a indicação do valor, a fim de ficar patente o pressuposto contrato de compra e venda de moedas, da mesma ou de diversas espécies. Dessa maneira, ficava a letra sujeita às disposições do Direito Romano relativas ao contrato de compra e venda (compra de dinheiro ausente por dinheiro presente) e livram-se da *labes usuraria* os interesses com ela obtidos, justificando-se esses interesses com a diversidade do câmbio nas praças sob as quais operava.

A partir de meados do século XV, a letra de câmbio passa a ser meio de pagamento (inclusive de mercadorias a crédito), vindo a Ordenação de Comércio Terrestre francesa de 1673, a consagrar, agora em lei e não mais com base na teoria da aparência, as principais características da cambial nessa época, a saber: o endosso sem restrições, a letra de câmbio representando valor fornecido em mercadoria ; a letra ao portador: a inoponibilidade de execução ao terceiro de boa-fé; a exigência da provisão e a *distinta loci*.

---

<sup>17</sup> Comentando a lei Barbarius Philippus (D. 1.14.3) Accursio explica a verdadeira razão que fez considerar o escravo como verdadeiro pretor: não é porque este recebia o salário, mas "*hic autem est plus, scilicet communis error, qui facit ius*"

A doação da cláusula à ordem, à criação do endosso, a vulgarização do uso das letras entre os não comerciantes, todas essas sucessivas transigências com o rigor recebido do primitivo conceito alteraram essencialmente a natureza da letra de câmbio, que de mero título de um determinado contrato, passou a ser meio de liquidação de qualquer espécie de contrato, instrumento de contrato acessório, subsistindo distinta, embora independentemente, da causa que o gerara.

Portanto, ainda que ninguém invoque expressamente a teoria da aparência não é ela, antes da consagração legal, sob uma forma original, que se impõe quando se permite ao terceiro, portador, ignorar os vícios que não aparecem na sirriples leitura do título ?

O formalismo impera, mas sua finalidade não é mais a de criar uma obrigação, mas sim de tornar legítimo o erro cometido sobre a fé na cártula.

Mas as necessidades sempre prementes da vida dos negócios provocaram, no curso dos séculos XIX e XX, um desabrochar da teoria da aparência em sua acepção clássica. Suscitada pela atividade jurídica a jurisprudência não hesitou, em numerosas hipóteses, em fazer passar a aparência antes da realidade: assim, notadamente se desenvolve a teoria das sociedades de fato e a do mandato aparente.

As soluções jurisprudenciais superam o quadro estreito do adágio "*error communis facit ius*". Não é mais somente o erro coletivo e, por isso, invencível que é protegido; é também o erro da pessoa que, pressionada pela rapidez das transações, não tem tempo de proceder às investigações necessárias.

Desde muito tempo a jurisprudência francesa tinha reconhecido a necessidade de assegurar a segurança de terceiros enganados pela aparência. Mas ela o fazia invocando freqüentemente as regras gerais da responsabilidade civil: no caso do mandato aparente, por exemplo, o mandante cometia uma falta em dissimulando aos terceiros uma limitação dos poderes do mandatário, ou bem em redigindo o mandato em termos que permitiam um erro de interpretação e não supervisionando o emprego que dele fazia o mandatário. Essa falta acarretava um prejuízo a terceiros que, tratando com o

mandatário, tinham a crença errônea que este era credor do mandante. E a sanção mais adequada consistia numa reparação natural: o mandante seria reconhecido devedor do terceiro contratante, exatamente como se o mandatário tivesse agido dentro do limite de seus poderes<sup>18</sup>.

Essa era a posição tradicional da jurisprudência francesa. Eram restritos os casos em que as Cortes de Justiça reconheciam a possibilidade de engajamento do mandante exteriormente à toda falta suscetível de lhe ser atribuída, tendo como único fundamento a aparência<sup>19</sup>.

Entretanto, essa situação se modifica em 1962 quando a Assembléia Plenária Civil da Corte de Cassação, examinando um caso de mandato aparente proclama a autonomia da aparência, neste caso, como fonte de obrigação.

O *leading case* dessa nova orientação foi o pronunciado no caso *Banque Canadienne nationale c. Directeur général des impôts* em 13 de dezembro de 1962, onde o Tribunal reconheceu que o mandante poderia ser engajado sob o fundamento de um mandato aparente, mesmo na ausência de uma falta suscetível de lhe ser atribuída, se a crença do terceiro entendesse que os poderes do mandatário eram legítimos, essa característica supondo que as circunstâncias autorizavam o terceiro a não verificar os limites exatos de seus poderes.

Versava o caso sobre o presidente de um banco, sociedade anônima, que, por sua só assinatura, havia subscrito em nome do banco, perante a Administração pública, a caução solidária em uma sociedade de recuperação de bens naufragados. A Administração pública postulava que, tendo legitimamente considerado que tratava com um mandatário

---

<sup>18</sup> CAPITANT, Henri (org.). *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. 6. éd. Paris : Dalloz, 1973 - p. 678 (Req. 14 juin 1875, S.75.1.368; Civ. 11 avr. 1876, D. P. 79.1.164; Req. 13 févr. 1883 D.P. 84.1.80; 29 déc. 1890, D.P. 91.1.464; Paris, 25 mars 1892, D.P. 92.2.263; Trib. civ. Seine, 6 mars 1923, Gaz. Trib. 1923.2.414; Rev. trim. dr. civ. 1923.993, obs Démogue; Paris 11 janv. 1928, D.H. 1928.279, Rev. trim. dr. civ. 1928.705 obs Démogue; Civ. 27 nov. 1929, D.H. 1930.68, Rev. trim. dr. civ. 1930.109 et 370, obs Démogue; Lyon 6 févr. et 11 avr. 1933, D.P. 1934.2.28, note A.B.)

<sup>19</sup> CAPITANT, Henri (org.). *op. cit.*, p. 678 (Chambre des Requêtes, 4 et 11 mai 1936, Sem jur. 1936.777, note H.M., S.1936.1.223, Rev. trim. dr. civ. 1936.873, obs Démogue).

agindo dentro dos limites de seus poderes normais, o banco ficava, em virtude de tal mandato aparente, obrigado a executar a obrigação.

A Corte decidiu a validade do engajamento do banco, rejeitando a alegação de imprudência imputada à Administração pública, pois esta, nas ditas condições, de um negócio normal do banco, não estaria obrigada a exercer uma pesquisa exaustiva acerca de poderes especiais dos administradores do banco.

Há aqui uma mudança sensível acerca das condições a partir das quais um terceiro pode invocar a aparência. De uma maneira geral, a jurisprudência francesa vinha considerando como fundamento da aparência o adágio *error communis facit ius*, ou seja, exigindo para a validade dos atos, de uma parte, que o terceiro estivesse de boa fé e, de outro lado, que o erro fosse comum ou mesmo invencível. Com o acórdão referido acima, há uma mudança dessa orientação jurisprudencial: não se exige mais, para engajar o mandante, que o erro cometido pelo terceiro acerca da existência do mandato seja invencível; é suficiente que a crença do terceiro nos poderes do mandatário seja legítima. Essa crença será legítima, segundo o acórdão, com a aferição das circunstâncias: com a verificação da situação do mandatário tal como parecia exteriormente, a importância de suas funções, os hábitos geralmente seguidos no tratamento de tal gênero de operações etc... Sempre que estas estivessem de acordo com a cautela usualmente empregada, poderia se dispensar o terceiro de uma verificação aprofundada<sup>20</sup>.

Acórdãos mais recentes da Corte de Cassação atestam a substituição da noção de erro comum por aquela do erro legítimo<sup>21</sup>. Álvaro Malheiros, citando Noël Dejean de la Batie, também atesta que o reconhecimento da aparência vai progressivamente abandonando a máxima do *error communis*

---

<sup>20</sup> CAPITANT, Henri (org.). op. cit., p. 679 (Cornu, obs. sous l'arrêt rapporté, Rev. trim. dr. civ. 1963.572; Léauté, *Le mandat apparent*, Rev. trim. dr. civ. 1947.288).

<sup>21</sup> CAPITANT, Henri (org.). op. cit., p. 680 (Civ. 1ere sect. civ. 13 juin 1967, JCP 1967.II.15217; Civ. sect. com. 29 mars 1966 et 25 mai 1967, JCP 1967.II. 15310, note R.L., Rev. trim. dr. civ. 1968.169, obs Cornu)

*facit ius* e filiando-se à corrente do reconhecimento com base no princípio geral da aparência. Tal autor cita os casos de mandato aparente (especialmente o excesso de poderes do mandatário), domicílio aparente, capacidade aparente e casamento putativo como casos em que a aparência não se fundamentaria no erro comum mas, sim, no erro escusável ou erro legítimo, aliado ao princípio de proteção dos interesses dos terceiros de boa fé<sup>22</sup>.

## 2.3 DIREITO ALEMÃO

O Direito alemão vincula a aparência ao princípio geral da publicidade. Ele admite a eficácia do ato entre terceiros e quem não é o verdadeiro titular do direito sempre que este, investido em um título formal, suscita naquele a convicção de que é o verdadeiro titular do direito. De acordo com esse entendimento qualquer título formal, de fé pública ou mesmo particular, fundamentaria a proteção de terceiro, que fundou sua atuação na confiança que esse título lhe inspirou.

Entre os casos de aparência registram-se os atos praticados pelo herdeiro aparente, consubstanciado no § 2.370 do BGB:

§ 2.370 - Déclarations de décès inexactes (Hereditatis petitio utilis)

Lorsqu'une personne dont le décès a été déclaré, a survécu au moment qui est réputé celui de sa mort, ou lorsqu'elle est morte avant ce moment, celui qui eût été héritier en vertu de la déclaration de décès est, au profit de tiers, réputé héritier, même sans délivrance d'un certificat d'héritier, relativement aux actes mentionnés aux arts. 2366, 2367, à moins que les tiers ne connaissent l'inexactitude de la déclaration de décès ou ne sachent que cette déclaration a été attaquée et rapportée<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> MALHEIROS, Álvaro. *op. cit.*, p. 50.

<sup>23</sup> *Code Civil Allemand et Loi d'introduction*. traduit et annotés par O. de Meulenaere. Paris : Librairie A. Marescq, 1897 - p. 641/642.

São igualmente reputados válidos, no direito alemão, os atos praticados pelo devedor em relação ao credor anterior sobre os créditos que este último na realidade já cedeu:

§ 407 - Protection du débiteur

Est opposable au nouveau créancier toute prestation faite par le débiteur au créancier antérieur, après la cession, de même que tout acte juridique intervenu après la cession entre le débiteur et le créancier antérieur relativement à la créance, à moins que le débiteur n'eût connaissance de la cession au moment de la prestation ou de l'acte juridique.

Si dans un litige introduit après la cession, entre le débiteur et le créancier antérieur, il est intervenu sur la créance un jugement passé en force de chose jugée, ce jugement est opposable au nouveau créancier, à moins que le débiteur n'ait connu la cession lors de l'introduction de l'instance<sup>24</sup>.

Outro caso no direito alemão de predomínio da teoria da aparência é o dos atos praticados pelo procurador cujo poder já se extinguiu (§ 674 e 169 do BGB):

§ 674 - Continuation du mandat

Si le mandat prend fin autrement que par révocation, il est également censé continuer au profit du mandataire jusqu'à ce qu'il ait reçu connaissance ou dû avoir connaissance de l'extinction.

§ 169 - Droits des tiers

Lorsque, dans les cas des arts. 674 et 729, la procuration éteinte d'un mandataire ou d'un associé gérant est censée maintenue, elle n'a point d'effet en

---

<sup>24</sup> *Code Civil Allemand et Loi d'introduction*. traduit et annotés par O. de Meulenaere. Paris : Librairie A. Marescq, 1897, p. 109/110

faveur du tiers contractant qui connaît ou doit connaître l'extinction<sup>25</sup>.

Assim, o ordenamento civil alemão impôs como condição para a validade do mandato após sua revogação, tanto para o mandatário quanto para os terceiros que trataram com ele, o desconhecimento objetivo dessa revogação, ou seja, o fato de que estes, obrando com a cautela usual dispendida nos negócios, não pudessem conhecer a dita revogação. Tal dispositivo já era corrente no direito germânico sendo referido por Windscheid (§ 411, nº 1.2); e existentes dispositivos análogos no Código Federal de Obrigações da Confederação Helvética de 1881 (art. 404); no Projeto de Codificação dos Estados de Hesse (art. 297), Baviera (art. 719) e Dresden (art. 715); e no Código de Saxe (arts. 1319 e 1324)<sup>26</sup>.

São ainda reputados como casos de aparência o dos atos praticados pelo testamentário cuja função já cessou (§ 2218 do BGB) e outros dispositivos esparsos do Código Civil alemão (§§ 405, 409, 370 e 793).

## 2.4 DIREITO ITALIANO

No Direito italiano, Mariano D'Amélio cita a origem de todo trabalho doutrinário e jurisprudencial em torno do herdeiro aparente (art. 933 do antigo Código Civil, atual art. 534). A partir daí

la giurisprudenza della Corte Suprema trasse profitto da tale norma per proteggere analoghe situazioni di diritto e per venire in aiuto di contraenti di buona fede, come sembravano esigere l'equità e il buon nome del diritto.

---

<sup>25</sup> *Code Civil Allemand et Loi d'introduction*. traduit et annotés par O. de Meulenaere. Paris : Librairie A. Marescq, 1897, p. 45 e 177.

<sup>26</sup> *Code Civil Allemand et Loi d'introduction*. traduit et annotés par O. de Meulenaere. Paris : Librairie A. Marescq, 1897, p. 177.

L'estensione della dottrina incontrò fautori ed oppositori, ma praticamente venne invocata ogni giorno avanti i Tribunali<sup>27</sup>.

O art. 534 do Código Civil Italiano de 1942 assim dispõe sobre o herdeiro aparente:

**Art. 534 - Diritti dei terzi**

L'erede può agire anche contro gli aventi causa da chi possiede a titolo di erede o senza titolo.

Sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede.

La disposizione del comma precedente non si applica ai beni immobili e ai beni mobili iscritti nei pubblici registri, se l'acquisto a titolo di erede e l'acquisto dall'erede apparente non sono stati trascritti anteriormente alla trascrizione del l'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero, o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede apparente<sup>28</sup>.

A doutrina italiana constrói a partir da extensão desses preceitos, todo o reconhecimento do princípio geral da aparência no direito italiano, princípio esse que pode ser invocado para regular outras situações jurídicas. Mariano D'Amélio cita inúmeros casos em que se aplica o princípio geral da aparência:

- 1) a circulação dos títulos de crédito;
- 2) pela responsabilidade de quem autoriza a alguém a assinar em seu nome;
- 3) a validade da aquisição feita por terceiro de boa fé e a título oneroso;
- 4) a validade do pagamento a quem exiba cheque com a firma falsa;

---

<sup>27</sup> D'AMÉLIO, Mariano. *Apparenza del diritto*. op. cit., p. 714

<sup>28</sup> *Codice Civile d'Italia*. Milano : Ulrico Hoepli, 1979, p. 108.



- 5) os efeitos do casamento putativo que, segundo o Código, são aqueles do matrimônio válido;
- 6) o efeito do mandato comercial, considerado como uma declaração feita à generalidade;
- 7) os efeitos da inscrição no registro de comércio e da existência jurídica do comerciante de fato;
- 8) a justificação das anomalias nas declarações feitas à generalidade (exclusão de impugnação por defeito da vontade, atenuação da capacidade jurídica etc...) <sup>29</sup>.

São também relevantes para D'Amélio os casos das sociedades comerciais irregulares em confronto com terceiros e de simulação relativa, este último sob o fundamento de que a boa fé nos contratos, a confiança nas relações sociais, o encadeamento dos negócios comerciais, exigem a proteção legal da confiança e da garantia de uma situação aparente julgada, geralmente, como real <sup>30</sup>.

### 3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA APARÊNCIA DE DIREITO NO BRASIL

#### 3.1 ESBOÇO DO CÓDIGO CIVIL DE TEIXEIRA DE FREITAS

A idéia da aparência como fonte de obrigações, em casos determinados, já se encontra plenamente prevista no Esboço do Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas, de 1864. Assim, este autor considerava que o pagamento feito, de boa fé, a herdeiro aparente extinguiu a obrigação, ainda que, posteriormente se provasse que a herança pertencia a outrem:

Art. 1042 - O pagamento feito a quem não tinha direito de recebê-lo só extinguirá a obrigação:

**3º - Se o pagamento for feito de boa fé a um herdeiro ou herdeiros aparentes, que entraram na**

---

<sup>29</sup> D'AMÉLIO, Mariano. *Apparenza del diritto*. op. cit., p. 715.

<sup>30</sup> D'AMÉLIO, Mariano. *Apparenza del diritto*. op. cit., p. 715.

posse da herança; posto que se conheça ou se julgue depois, que a herança pertence a outro<sup>31</sup>.

Também no caso do casamento putativo, a existência de boa fé por parte dos contraentes, assegurava a validade de todos os seus efeitos até a sentença que o anular:

Art. 1447 - Se o casamento anulado for putativo, isto é, se foi contraído de boa fé, produzirá os mesmos efeitos civis de um casamento válido dissolvido, observadas as distinções que abaixo se seguem.

Art. 1448 - Se houve boa fé da parte de ambos os cônjuges, o casamento putativo até o dia da sentença que o anular, produzirá todos os efeitos do casamento válido, não só em relação às pessoas e bens dos mesmos cônjuges, como em relação aos filhos<sup>32</sup>.

Outro caso de aparência de direito expressamente tutelado no Esboço é o do mandato aparente:

Art. 3011 - Será, porém, obrigatório para o mandante, seus herdeiros ou representantes, em relação ao mandatário, tudo o que este fizer ignorando sem culpa a cessação do mandato, embora tenha contratado com terceiros que dela sabiam, salvo o direito que lhes competir contra esses terceiros.

Art. 3012 - Em relação a terceiros que, ignorando sem culpa a cessão do mandato, tenham contratado com o mandatário, o contrato será obrigatório para o mandante, seus herdeiros ou representantes, salvo seu direito contra o mandatário, se este sabia da cessação.

Art. 3013 - É livre a terceiros obrigar ou não ao mandante, seus herdeiros ou representantes pelos

---

<sup>31</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Vol. I. Brasília : Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983, p. 249.

<sup>32</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Vol. I. Brasília : Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983, p. 304.

contratos que houverem feito com o mandatário na ignorância da cessação do mandato, mas o mandante, seus herdeiros ou representantes não poderão prevalecer-se dessa ignorância para obrigá-los pelo que foi feito depois da cessação do mandato<sup>33</sup>.

Art. 1043 - O pagamento feito ao mandatário do credor, cujos poderes cessaram pelo falecimento deste, ou por terem sido revogados, extinguirá a obrigação, se o devedor ignorava o falecimento ou a obrigação<sup>34</sup>.

Outra solução legislativa que causa controvérsia na doutrina, até hoje, já brilhantemente elucidada no Esboço, é a referente aos efeitos dos atos de sociedades de fins ou objeto ilícitos, ou irregulares. Também nesses casos, Teixeira de Freitas reputava tais atos válidos perante terceiros de boa fé, que com estes legitimamente contrataram, fundados na aparência de regularidade:

Art. 3076 - Quanto aos efeitos já produzidos [do contrato de sociedade], se a nulidade provier do fim ou objeto ilícito da sociedade:

3º - Terceiros de boa fé poderão alegar contra os sócios a existência da sociedade, sem que os sócios, lhes possam opor a nulidade.

4º - Terceiros de má fé, isto é, que da sociedade ilícita tinham conhecimento, não poderão alegar contra os sócios a existência dela, e os sócios poderão opor-lhes a nulidade.

Art. 3078 - Mas se a nulidade provier da falta de instrumento social ou da nulidade deste:

---

<sup>33</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil. Vol. II.* Brasília : Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983, p. 469.

<sup>34</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil. Vol. I.* Brasília : Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983, p. 249.

2º - Poderão outrossim alegar contra terceiros a existência da sociedade para demandá-los por obrigação que para com ela contraíssem, sem que esses terceiros lhes possam opor nulidade.

3º - Terceiros poderão alegar contra os sócios a existência da sociedade, sem que os sócios lhes possam opor nulidade; e também poderão alegar nulidade, sem que os sócios lhes possam opor a existência da sociedade<sup>35</sup>.

Verifica-se, portanto que a tutela da aparência de direito, embora não provida por uma regra geral, já é plenamente assegurada em diversos dispositivos do Esboço de Teixeira de Freitas. Este também não exige, para assegurar a referida tutela, a incursão dos terceiros no chamado erro comum ou erro invencível, da grande parte da coletividade, mas somente o engano com fundamento no erro legítimo, ou seja, aquele que qualquer indivíduo, usando as cautelas habituais referentes a quaisquer relações jurídicas, estaria sujeito a cometer.

### 3.2 O CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 não estabeleceu em seus preceitos uma *teoria geral da aparência*, a partir da qual se pudesse, por via da analogia, reconhecer situações aparentes como situações jurídicas de fato<sup>36</sup>. Assim, de acordo com o sistema estabelecido pelo Código de 1916, a aparência, *per se*, não é fonte formal de obrigação. Só gerará a obrigação, *ex lege*, quando a lei assim o determine ou naquelas situações rigidamente analógicas aos preceitos positivos<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil. Vol. I.* Brasília : Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983, p. 476

<sup>36</sup> LIRA, Ricardo César Pereira. Considerações sobre a representação dos negócios jurídicos. A Teoria da aparência e o princípio da publicidade na administração pública. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, nº 1, UERJ, 1993, p. 316.

<sup>37</sup> LIRA, Ricardo César Pereira. op. cit., p. 316

Entretanto reconheceu, em diversos dispositivos, situações específicas de aparência que geram a efetividade do ato praticado, em homenagem à boa fé de terceiro:

#### Domicílio aparente

Art. 33 - Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual, ou empregue a vida em viagens, sem ponto central de negócios, o lugar onde for encontrada.

#### Posse do estado de casado

Art. 203 - O casamento de pessoas que faleceram na posse do estado de casadas não se pode contestar em prejuízo da posse comum, salvo mediante certidão do registro civil, que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o matrimônio impugnado.

#### Casamento putativo

Art. 221 - Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória.

Parágrafo único - Se um dos cônjuges estava de boa fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a esse e aos filhos aproveitarão.

#### Malitia supplet aetatem

Art. 155 - O menor, entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos, não pode, para se eximir de uma obrigação, invocar a sua idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior.

#### Aquisição ao proprietário aparente

Art. 622 - Feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade. Mas, se o adquirente estiver de boa fé e o alienante adquirir posteriormente o domínio, considera-se revalidada a

transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento de seu ato.

#### Pagamento ao credor aparente

Art. 935 - O pagamento feito de boa fé ao credor putativo é válido, ainda provando-se depois que não era credor.

#### Autorização aparente

Art. 937 - Considera-se autorizado a receber pagamento o portador da quitação; exceto se as circunstâncias contrariarem a presunção daí resultante.

#### Mandato aparente

Art. 1318 - A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros, que, ignorando-a, de boa fé, com ele trataram: mas ficam salvas ao constituinte as ações que, no caso lhe possa caber, contra o procurador.

Art 1321 - São válidos, a respeito dos contraentes de boa fé, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte daquele, ou a extinção, por qualquer outra causa, do mandato.

#### Herdeiro aparente

Art. 1600 - São válidas as alienações de bens hereditários e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro excluído, antes da sentença de exclusão; mas aos co-herdeiros, subsiste, quando prejudicados, o direito a demandar-lhes perdas e danos.

A regulamentação exaustiva dos dispositivos referentes à aparência de direito, em lugar de uma cláusula geral, levou os juristas pátrios a considerar que, somente naqueles casos expressamente previstos ou diretamente decorrentes dos preceitos legais, poderia se considerar a aparência como fonte de obrigação.

### 3.3 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência ainda é vacilante na aceitação e na fundamentação do princípio da aparência, mantendo-se também titubeante em relação aos campos de sua aplicação.

Assume relevo, dentro da jurisprudência, a posição do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que reconheceu a aparência como um princípio de direito a ser aplicado, não só aos casos expressamente previstos em lei, mas também àqueles que expressassem situações análogas:

Teoria da aparência - Acolhimento no direito brasileiro  
- boa fé

A nossa legislação, além do art. 1600 do Código Civil, acolheu a aparência em vários outros de seus dispositivos, como, por exemplo, os arts. 1.318, 221 e 935, **não havendo razão para que o princípio não seja aplicado analogicamente a outras hipóteses**, como admite o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. No próprio direito administrativo, a teoria da aparência encontra aplicação, como acontece em relação ao funcionário de fato, cuja validade de seus atos é reconhecida em relação aos terceiros de boa-fé. **Na verdade, a exigência da preservação da segurança das relações jurídicas e o resguardo da boa-fé de terceiros deve justificar o acolhimento da teoria da aparência** (TJRJ - Ac. unân. da 5ª Câmara de 8.9.81; reg. 13.10.81- Ap. 18.302 - rel Des. Graccho Aurélio)<sup>38</sup>.

Várias são as aplicações registradas nos Tribunais da teoria da aparência, notadamente nos casos de notificação, aviso ou citação:

INTIMAÇÃO - ADVOGADO - FUNCIONÁRIO DO  
ESCRITÓRIO

---

<sup>38</sup> VILLAS BOAS, Damley. *Teoria da aparência no direito brasileiro*. Rio de Janeiro : BVZ, 1993 - p. 1/2

O fato de o aviso de recebimento não haver sido firmado pelo advogado destinatário, porém por outra pessoa do escritório, não lhe retira o cunho da certeza de haver sido a intimação feita, se, anteriormente, essa mesma pessoa assinou outro recibo idêntico, fazendo assim crescer a convicção de ter sido legalmente concretizada, por fazer certo que se trata de pessoa encarregada da portaria do escritório, do citado profissional do Direito (TJSP- Ac. unân. da 4ª Câmara de 12.11.79; reg. 22.280 - Ag. Instr. 287.954 - rel. Des. Henrique Machado)<sup>39</sup>.

#### NOTIFICAÇÃO - CARTA - RECOLHIMENTO POR PESSOA DA FAMÍLIA DO DESTINATÁRIO.

Considera-se válida a notificação por carta expedida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, feita em pessoa da família do destinatário ou de sua confiança (TJSC- Ac. unân. da 1ª Câmara de 16.11.80- Ap. 16.003- rel. Des. Osny Caetano)<sup>40</sup>.

#### CITAÇÃO - CONDOMÍNIO - COBRANÇA DE COTAS - HORA CERTA NA PESSOA DO PORTEIRO.

Cobrança de cotas de condomínio. Citação com hora certa, corretamente feita. Obrigação **propter rem** garantida pela unidade residencial devedora. A citação pode ser feita na pessoa de qualquer um dos proprietários, sendo questão **inter alios** a divisão ou rateio, entre os proprietários, do montante correspondente às cotas pagas (TARJ- Ac. unân. da 4ª Câmara de 15.9.87- Ap. 61.617; Reg.2.561- rel Juiz gerald Magela)<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 3/4

<sup>40</sup> VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 4

<sup>41</sup> VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 6



CITAÇÃO - CONDOMÍNIO - SÍNDICO -  
ADMINISTRADOR DE FATO - TODOS OS  
CONDÔMINOS.

A citação há de ser na pessoa do síndico ou, em não havendo, na do administrador, considerando-se efetivada quando este último a aceita e declara essa qualidade. Todavia, como a autora sustenta inexistir síndico ou administrador, deve citar todos os condôminos (TARJ - Ac. unân. da 1ª Câ. de 15.9.81 - Agr. Instr. 21.453; reg. 218 - rel. Juiz José Evaldo Tavares)<sup>42</sup>.

CITAÇÃO - GERENTE DA EMPRESA.

Se a citação é feita dentro da sede da empresa, a um preposto seu, que por ela se apresenta como responsável, não há como se negar a validade do ato, mormente se esse preposto, mesmo depois de cientificado de que estava recebendo citação judicial, manteve sua condição de responsável. É a teoria da aparência, pela qual presume-se mandatário comercial aquele que se acha à testa do estabelecimento, cuja aceitação vem se impondo, mais e mais, pelos tribunais do nosso país (TARJ - Ac. unân. da 6ª Câ. de 16.5.89 - Ap. 3.244; reg. 2497 - rel. Juiz Sérgio Cavaliéri Filho)<sup>43</sup>.

CITAÇÃO - REPRESENTANTE APARENTE DA  
EMPRESA

Os tribunais pátrios têm decidido que é válido, segundo a teoria da aparência, a citação feita na pessoa de quem, numa sociedade, se apresenta aos olhos de todos como representante da pessoa jurídica, tanto mais se a assertiva contrária resulta demonstrada. Ademais, consta da certidão lavrada pelo meirinho,

---

<sup>42</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 7

<sup>43</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 9

com a fé pública de que dispõe, que citou a ré, na pessoa de seu representante legal, entregando-lhe a contrafé. A mera irregularidade constante do mandado, de ser a empresa responsável pela indenização uma firma de capital limitado, ao invés de sociedade anônima, não tem o condão de anular a citação efetiva com a denominação correta empresa (TJES - Ac. unân. da 1ª T. publ. em 5.3.80 - Ap. 11.428 - Capital - rel. Des. Geraldo Correia Lima)<sup>44</sup>.

### CITAÇÃO - MANDATO APARENTE- PESSOA JURÍDICA

Quando alguém, sem ter recebido poderes para tanto, age em nome de uma sociedade como se fora seu administrador, importa saber-se, em tais circunstâncias, se pode recorrer à noção de aparência para justificar a responsabilidade da sociedade pelos atos praticados por esse falso administrador. Na prática, dificilmente ocorrerá a hipótese sem que os responsáveis pela sociedade dêem sua aquiescência, assim entendida a passividade diante dessa anormalidade. Quando, porém, se verifique e o falso diretor, ou falso gerente se comporte aos olhos de todos e para com terceiros como se realmente estivesse a exercer, por título legítimo, a administração da sociedade, motivo não há para se repelir a aplicação dos princípios concernentes à aparência, porquanto se conjugam todos os elementos considerados indispensáveis à sua configuração técnica. Evidentemente, torna-se necessário que o comportamento do falso administrador incite o de terceiros levando-os à crença de que tratam com alguém que exerce legitimamente a função (TASP -

---

<sup>44</sup>VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 13/14

Ac. do 1º Gr. de Câms. de 9.11.79 - E. Infr. 254.058 - rel Juiz Rapahael Gentil)<sup>45</sup>.

CONGLOMERADOS FINANCEIROS -  
RESPONSABILIDADE INDIFERENCIADA -  
LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA HOLDING, EM  
AÇÃO DECORRENTE DE ATO DE SOCIEDADE  
FILIADA.

Dadas as características dos grandes conglomerados financeiros, integrando formalmente ou não “grupo de sociedades” (Lei 6.404/76, arts. 265 e segs.), apresentam-se eles ao público e à clientela como instituição única, sob denominação e abreviatura uniforme e frenqüentemente operando em um só espaço físico, o da agência do banco comercial, servindo-se as diversas pessoas jurídicas do mesmo quadro funcional. Em tais condições, a diferenciação entre as pessoas jurídicas, enquanto inegável do ponto de vista técnico-jurídico, tem de ser desconsiderada nas relações com as pessoas às quais tal diversidade não se dá a conhecer, ou mesmo se faz questão de ocultar. Aplicável é a teoria da aparência, em nova e peculiar configuração, a doutrina dos **disregard**, de modo a reconhecer-se legitimação passiva do banco comercial mesmo que figurante da relação jurídico-material seja a companhia de crédito imobiliário. Essa solução faz parte do elenco de medidas indispensáveis à asseguaração de tutela jurisdicional efetiva ao litigante eventual em face do poderoso, onipresente e multímido litigante habitual (TJRJ - Ac. unân. do 3º Grupo de Câmaras. de 28.4.89 - Emb. Infr. 588.058.453 - rel. Des. Adroaldo Fabrício)<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 19/20

<sup>46</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 23

Entretanto, mesmo nos casos mais comuns de aplicação da teoria da aparência, como o são, a citação e a notificação, existem certos tribunais que são relutantes em reconhecer a aparência como se fosse o próprio direito, argumentando com a importância da certeza da ciência do réu, e da inafastabilidade da regra jurídica que rege a forma dessa ciência:

**CITAÇÃO - TEORIA DA APARÊNCIA - INAPLICABILIDADE AO PROCESSO.**

A teoria do mandatário aparente, segundo a qual a pessoa a quem o oficial do Juízo atribui a qualidade de representante legal da parte, por comportar-se como tal, fundada basicamente no respeito à boa-fé de terceiros, não pode ser transposta para o processo sob pena de graves riscos. **A citação é talvez, o ato mais importante do processo, para cuja validade a lei a reputa indispensável**, e quando se trata de pessoa jurídica a representação legal dela consta dos registros públicos, de sorte que não há desculpa para um equívoco (1º TARJ - Ac. unân. da 4ª Câmara Cív.; reg. 2.3.82 - Ap. 69.698 - rel. Juiz Renato Maneschy)<sup>47</sup>.

**CITAÇÃO - ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DE FAVELA**

Ação de reintegração de posse em área ocupada por favela. A citação da Associação de Moradores na pessoa de seu representante legal não exime que seja também na pessoa de ocupantes da área objeto do litígio. O prazo para a citação em tais casos deve ser o máximo legalmente previsto no art. 219, parág. 3, do CPC (TARJ - Ac. da 8ª Câmara de 15.9.8 1- Ag. instr. 21.408.; reg. 128 - rel. Juiz Luiz Eduardo Rabello)<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 79

<sup>48</sup> VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 80

**CITAÇÃO - ADMINISTRADOR SEM PODERES SOCIAIS**

É indispensável a citação inicial do réu para validade do processo. As pessoas jurídicas serão representadas em Juízo, ativa e passivamente, por quem os respectivos estatutos designarem, ou os não designando, por quem seus respectivos estatutos designarem, ou não os designando, por seus diretores. São nulas as citações e intimações quando feitas sem observância das prescrições legais (arts. 12, VI, 214, 215 e 247 do CPC). Inadmissível a citação e intimação de penhora na pessoa de administrador local, da executada, destituído de poderes de representação. Inadmissível a discussão em procedimento executivo de matéria que não lhe seja pertinente (TARJ - Ac. unân. da 7ª Câmara de 26.3.80 - Ap. 45.279; reg. 1.551 - rel. Juiz Hilário Alencar)<sup>49</sup>.

**CITAÇÃO - REPRESENTANTE SEM PODERES SOCIAIS.**

A citação perfeita no começo da ação é pressuposto essencial de validade do processo, é necessária. Sem ela nulo está todo o processo, porque não se fez a angularidade de sua relação. As pessoas jurídicas devem ser representadas em Juízo, ativa e passivamente, por quem os respectivos estatutos designarem, ou não os designando, por seus diretores.

É o princípio da citação pessoal do réu, ou ao seu representante legal. Não atendidas essas normas, inexistentes a citação e conseqüentemente a relação jurídica e todos os demais atos do processo (TASP - Ac. da 8ª Câmara de 16.4.85 - Ap. 177.571/7 - rel. Juiz Mello Junqueira)<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 81

<sup>50</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 84

### CITAÇÃO POSTAL - ENTREGA DA CARTA A FUNCIONÁRIO DA FIRMA.

Requerida a citação pelo Correio, o carteiro fará a entrega da carta ao destinatário, entendendo-se tal como a entrega da carta pessoalmente ao citando ou a quem tenha poderes para receber citação em seu nome, sempre contra recibo. Portanto não se pode entender como válida a citação quando a carta, embora remetida ao endereço certo, tenha sido recebida por mero funcionário da firma (TARJ - Ac. unân. da 2ª Câmara de 17.5.90 - Ap. 3.863/90; 2.897 - rel Juiz Marlan de Moraes Marinho)<sup>51</sup>.

### NOTIFICAÇÃO PREMONITÓRIA - PESSOA JURÍDICA - DESPEJO.

Revela-se ineficaz notificação prévia, tendente à retomada de imóvel não-residencial, que se pretendeu operar através de Ofício de Títulos e Documentos, em pessoa que é simples funcionário do ente jurídico notificando. Procedimento que deve atender, em princípio, à diretriz contida no estatuto processual civil, no que concerne à citação, afastada, por cautela, a virtual aplicação da teoria da aparência (TARJ - Ac. unân. da 5ª Câmara de 6.12.88 - Ap. 188.088.140 - Porto Alegre - rel. Juiz Varir Perin)<sup>52</sup>.

Outra área onde é corrente a aplicação da teoria da aparência na jurisprudência é a dos títulos cambiais: quitação, aceite, emissão e aval. Vejamos alguns exemplos:

### DUPLICATA - QUITAÇÃO POR REPRESENTANTE APARENTE

A teoria da aparência tem inteira aplicação em caso de quitação de duplicata, firmada através de recibo por quem, aparentemente, representava o credor, ainda

---

<sup>51</sup> VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 89

<sup>52</sup> VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 90

mais quando demonstrado que a importância foi remetida via bancária pelo representante (TAPR - Ac. 28.565 unân. 3ª Câm. de 9.2.88 - Ap. 2.364 - Ubiratã - rel. Juiz Maranhão de Loyola)<sup>53</sup>.

#### DUPLICATA - ACEITE POR REPRESENTANTE APARENTE

É válido o aceite aposto, em nome do devedor, em duplicata, no estabelecimento de sua sede por quem não tinha poderes expressos para esse fim, face ao princípio da boa-fé que se deve existir no comércio. Se o comprovante de entrega e recebimento da mercadoria cuja venda deu origem à dívida foi assinado no endereço do devedor, onde teria sido feita a entrega, na data constante do documento, só mediante prova idônea da negativa do devedor de a ter recebido pode ser elidida a sua responsabilidade (TAMG - Ac. da 2ª Câm. de 222.85 - Ap. 26.863 - Uberlândia - rel. Juiz Leonídio Doehler)<sup>54</sup>.

#### PROMISSÓRIA - EMISSÃO E ENDOSSO POR SÓCIO SEM PODERES

Em se tratando de notas promissórias, vencidas e não pagas, revestidas de todos os requisitos legais, constituem elas títulos extrajudiciais, aptos a serem cobrados por via de Execução, nos termos do disposto nos arts. 583 e 585, I, do CPC, sendo títulos líquidos, certos e exigíveis (art. 586). É irrelevante que só um dos sócios as tenha assinado, como eminente, pela Sociedade, e, se extrapolou ele os poderes que lhe confere o seu Contrato de Constituição da Sociedade, poderá esta exercer, contra ele, o direito regressivo, por prejuízos que acaso este lhe cause, nunca, porém, se exonerando de pagar títulos líquidos e certos,

---

<sup>53</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 33

<sup>54</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 36

exigíveis, que houvessem sido assinados por má-fé ou abuso de poder social (TARJ - Ac. unân. da 2ª Câm. de 4.981; reg. 24.9.81 - Ap. 66.855 -rel. Juíz Francisco Faria)<sup>55</sup>.

Outros julgados contestam a validade da teoria da aparência no que se refere às cambiais:

#### AVAL - DIRETOR SEM PODERES.

Aval prestado por sócio, em nome da sociedade, com violação do contrato que o proíbe, é ineficaz (TARJ - Ac. unân. nessa da 5ª Câm. de 3.6.80; reg. 9.680 - Ap. 11.231 - rel. Juiz Júlio Alberto Álvares)<sup>56</sup>.

#### AVAL - DIRETOR SEM PODERES.

Aval prestado por sócios, em nome da sociedade, com violação do contrato social, que o proíbe, é ineficaz (TJRJ - Ac. unân. nessa parte da 5ª Câm. de 22.480; reg. 27.5.80- Ap. 10.942- rel. Juiz Júlio Alberto Álvares). No mesmo sentido aresto na Ap. 10.943<sup>57</sup>.

#### TEORIA DA APARÊNCIA - CAUTELAS DO DEVEDOR - AÇÃO DE COBRANÇA CONTRA MUNICÍPIO.

A incidência da teoria da aparência, em face da norma do art. 935 do Código Civil, calcada na proteção ao terceiro de boa-fé, reclama do devedor prudência e diligência, assim a ocorrência de um conjunto de circunstâncias que tornem escusável o erro devedor. Se as Notas Fiscais, nas quais se arrimou o devedor para efetuar o pagamento, expressamente consignavam que o negócio somente seria quitado pela empresa vendedora, lícito não era ao adquirente pagar à concessionária, especialmente quando reconhecidamente insolvente (STJ - AC.unân. da 4ª

---

<sup>55</sup>VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 44

<sup>56</sup>VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 99

<sup>57</sup>VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 100



T., publ. em 24.2.92 - Resp. 2.584 - Es - rel. Min. Sálvio de Figueiredo)<sup>58</sup>.

A aceitação da teoria da aparência pela jurisprudência também é notável no que se refere às obrigações e à responsabilidade civil:

#### VENDA - EMPREGADO DE ARMAZÉM.

A simples presença de empregados em um armazém, nos lugares destinados à venda, é de molde a considerá-los autorizados para vender as mercadorias ali existentes, e o terceiro que as comprou de boa-fé se estriba em tal argumento para garantir-se da operação, a menos que o contrário resultasse de circunstâncias conhecidas. "O direito de aparência, que tanto no mandato como em outros contratos, pode salvar e prestigiar arbitrariamente. É calcado em regras e em princípios de onde tira a sua força garantidora dos negócios realizados ou dos direitos que deles se geram" (TASP - Ac. unân.da 6ª Câmara de 27.11.84 - Ap. 333.320 - rel. Juiz Ferreira da Cruz)<sup>59</sup>.

#### OBRIGAÇÃO ASSUMIDA POR MANDATÁRIO APARENTE - RESPONSABILIDADE DO PREPONENTE.

Responde o preponente por obrigação assumida por funcionário de seu escritório, sob mandato aparente, perante terceiro de boa-fé (TASP - Ac. unân. da 4ª Câmara de 27.9.89 - Ap. 410.927/7 - rel. Juiz Octaviano Lobo)<sup>60</sup>.

#### LOCAÇÃO - APARÊNCIA DE PODERES PARA LOCAR - EFICÁCIA DO CONTRATO.

Contrato de locação subscrito por quem não representava legalmente o locador, embora sendo

---

<sup>58</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 100/101

<sup>59</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 50

<sup>60</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 51

empregado de uma das rés. Teoria da aparência, por presunção de que o empregado tinha poderes para representar e contratar a locação em nome da proprietária do imóvel. Somente se a locatária que reclama da validade do contrato, tivesse motivo para duvidar dos poderes de representação da pessoa que o subscreve, poderia deixar de exigir o seu cumprimento ou que fosse a locação considerada válida bem como a ocupação do imóvel, até a data em que este viesse a ser reclamado pela sua proprietária, com prova suficiente de que não autorizara a locação. É indiscutível o direito do locatário de consignar o aluguel na forma e quantia pactuada no instrumento subscrito por quem tinha aparência de poder alugar o imóvel (1ª TARJ- Ac. unân. da 7ª Câm; reg. em 24.9.85- Ap. 28.424-rel. Juiz Hilário Alencar)<sup>61</sup>.

#### FIANÇA - EXONERAÇÃO - COMUNICAÇÃO EPISTOLAR - SILÊNCIO COMO ANUÊNCIA.

Na prática do comércio, se a cada silêncio de uma das partes precisasse reagir a outra com uma demanda de declaração da situação jurídica criada com a declaração enviada àquela e com essa omissão de responder, emperrado ficaria o giro mercantil de todos, com o prejuízo para o comércio em geral, para a economia e para o crédito. Por isso é que o silêncio há de ter o seu valor e expressão nos negócios jurídicos, pois que, conforme costume arraigado mormente entre comerciantes, ele constitui ordinariamente um sinal, ou símbolo, representativo da concordância; com isso, prestigia-se a boa-fé dos contratantes e estimula-se a celeridade e confiabilidade dos atos do comércio, o que tudo constitui a base da teoria da aparência, que aos poucos vai obtendo o sufrágio da doutrina e dos tribunais. Assim, dá-se por exonerado da fiança o

---

<sup>61</sup>VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 55

fiador a partir de quando recebida pela contratante a carta por ele remetida, julgando-se improcedente ação para cobrança de obrigações assumidas pela afiançada, posteriores ao fato (1º TACSP - Ac.do 1º Gr, de Câ. de 19.3.81- Embs.270.328 - Capital- rel. Juiz Rangel Dinamarco)<sup>62</sup>.

#### PAGAMENTO PUTATIVO - BOA-FÉ - REPRESENTANTE LEGAL -VALIDADE.

Comprovado que quem assinou a quitação era representante da credora, ou mesmo seu mandatário putativo, tem como aplicável a regra do art. 935 do Cód. Civ., posto que da prova dos autos defluem seguramente essa circunstância e a boa-fé do devedor (TAPR - Ac. unân. da 2ª Câ. Civ. de 21.6.89 - Ap. 943/89 - rel. Juiz Gilney Leal)<sup>63</sup>.

#### PAGAMENTO PUTATIVO - MANDATÁRIO APARENTE.

Válidos os pagamentos feitos a mandatário aparente, de boa-fé, se o mandante deixou ganhar curso, na comunidade de seus devedores, a aparência de que existiam poderes: **error communis facit jus** (TARJ - Ac. unân. da 7ª Câmara de 9.4.80; reg. 18.6.80 - Ap. 45.269 (11.063) - rel. Juiz Paulo Roberto Freitas)<sup>64</sup>.

#### LOCAÇÃO - INFRAÇÃO CONTRATUAL - CESSÃO DE USO DE GARAGEM SEM CONSENTIMENTO DO LOCADOR.

Fato comunicado ao síndico - Boa-fé do locatário, pessoa humilde e ingênua - Inexistência de intenção de descumprir obrigação contratual - Aplicação da teoria da aparência de direito - Ação de despejo improcedente - Voto vencido.

---

<sup>62</sup>VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 55/56

<sup>63</sup>VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 60

<sup>64</sup>VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 60

Conquanto comprovada a acessão temporária e gratuita de uso de vaga de garagem sem consentimento expresso do locador, tratando-se o locatário de pessoa humilde e ingênua, que agiu de boa-fé, supondo regular o ato praticado, comunicado ao síndico, não evidenciando, com seu comportamento, qualquer intenção de descumprir obrigação contratual, autorizada a aplicação da teoria da aparência de direito, não sendo de se reconhecer, na espécie, infração contratual autorizadora do despejo. Mesmo admitindo, para argumentar, que tal procedimento possa caracterizar violação do contrato, é de se registrar a pouca expressão e relevância da infração, a desautorizar o decreto de despejo (2º TACSP - Ap. 201.303.0 - 2ª C.- j. 4.2.87 - rel. Juiz Batista Lopes, in RT 619/153)<sup>65</sup>.

#### RESPONSABILIDADE CIVIL - CORRETORA DE VALORES - VERBA ENTREGUE PARA APLICAÇÃO.

Particular que aplica dinheiro em Corretora de Valores, cujo funcionário com funções gerenciais não efetua a aplicação e nem recolhe a quantia pretendida a aplicar em favor da corretora. Caracterizada está a relação jurídica entre o aplicador e a corretora, embora não obtida a vantagem pretendida, por culpa de preposto desta (TJRJ - Ac. unân. da 6ª Câmara; reg. em 2.3.90 - Ap. 4.153/89- rel. Des. Hilário Alencar)<sup>66</sup>.

Ainda neste tema de obrigações e responsabilidade civil, embora haja dispositivos expressos do Código Civil assecuratórios da validade da aparência de direito, os Tribunais, aqui já mais harmônicos na sua admissão, ainda se opõem à sua aceitação em alguns aspectos:

---

<sup>65</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 71/72

<sup>66</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 75

## COMPRA E VENDA - VENDA A **NON DOMINO** - PROCURAÇÃO FALSA - INAPLICABILIDADE DA TEORIA EM MATÉRIA DOMINIAL.

Compra e Venda - Venda a non domino - Realização mediante procuração falsa - Nulidade e inexistência do negócio que atingem o adquirente, ainda que de boa-fé - inaplicabilidade da teoria da aparência em matéria dominial Inteligência do 524 do CC.

Ementa oficial: Ação anulatória de venda de imóveis efetuada mediante procuração falsa. Falsidade comprovada pelo simples exame visual do documento, dispensada perícia grafológica. Confissão posterior do falsário. Apelação provida para julgar-se procedente a demanda. O terceiro adquirente de boa-fé não pode eximir-se ao vício de origem, que nulifica o ato jurídico de transmissão. Prevalência do direito do **verus dominus**. A teoria da aparência não se aplica em matéria dominial (TJRS- Ap. 587.035.445- 3ª C.- j. 17.5.88-rel. des. Galeno Lacerda,in RT 661/150 )<sup>67</sup>.

## OBRIGAÇÕES - SÓCIO SEM PODERES.

É ineficaz em relação à sociedade, o negócio celebrado por sócios sem direito ao uso da firma. Os atos registrados na Junta Comercial presumem-se conhecidos por todos, não tendo cabimento a invocação de aparência contrária ao que consta do registro, em face da natureza absoluta da presunção.

Inaplicabilidade do art. 75 do C. Comercial, tratando-se de ato estranho ao giro comercial do estabelecimento, praticado por quem não pode ser considerado preposto (TARJ - Ac. 4ªCâm. de 12.12.79 - Ap. 40.885 - rel. designado Juiz Raul Quental)<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 54

<sup>68</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 93

Conclui-se, portanto, dessa rápida coletânea jurisprudencial acerca da teoria da aparência de direito, que sua aceitação e aplicação pelos Tribunais ainda é vacilante, prendendo-se muito mais a critérios valorativos pessoais de cada juiz do que a uma sistematizada e metódica teorização da matéria, que assegurasse a uniformidade dos julgados.

## **4. TEORIA DA APARÊNCIA NO DIREITO CIVIL**

### **4.1. CASUÍSTICA DA APARÊNCIA DE DIREITO**

#### **4.1.1. CASUÍSTICA NA DOUTRINA**

Vicente Ráo estabelece em sua obra os seguintes casos como sendo de aparência de direito:

- 1) domicílio aparente ou o lugar onde for encontrada a pessoa que não tem residência habitual (código civil, art. 33);
- 2) para efeitos obrigacionais em relação a terceiros, a separação de fato dos cônjuges, induzindo à crença da inexistência ou cessação da sociedade conjugal;
- 3) a ostentação de vida more uxorio pelos concubinos, produzindo, nos terceiros, a convicção de existência de matrimônio;
- 4) a posse de estado de casado para os efeitos indicados pelos arts. 203 e 206 do código civil;
- 5) a posse do estado de filiação para os fins previstos pelo art. 348 do mesmo código;
- 6) sob certas condições, os efeitos erga omnes dos registros civis das pessoas físicas (no que concerne ao seu estado, capacidade e incapacidade, ausência, morte, etc.) e das pessoas jurídicas;
- 7) o pagamento feito de boa fé ao credor aparente (código civil, art. 935), os efeitos, perante terceiros, do mandato aparente ou do mandato extinto (arts. 1308 e 1321);

8) os atos praticados pelo herdeiro aparente e pelo herdeiro excluído (art. 1600);

9) de certo modo, os atos praticados no exercício da posse dos direitos, quando menos em relação a terceiros, considerada a posse como exteriorização do direito;

10) os atos praticados pelos funcionários de fato, ou perante os funcionários de fato, - situações e atos, todos esses que aparência de direito constituem quando realizam requisitos subjetivos e objetivos que esta figura jurídica formam e caracterizam<sup>69</sup>.

O mesmo Vicente Ráo, ainda, aponta outras situações de aparência do direito no Direito Comercial: os casos de mandato; da sociedade de fato; da sociedade aparente; do sócio aparente; do destinatário aparente de mercadorias; da propriedade aparente de fundo de comércio; das mercadorias postas à venda em estabelecimento do respectivo ramo; dos abusos de gestão; do comissário aparente etc.<sup>70</sup>

Orlando Gomes em artigo sobre a aparência do direito no livro "Transformações gerais do direito das obrigações" entende que o princípio da aparência no direito brasileiro surgiu de uma interpretação analógica do art. 1600 do Código Civil (herdeiro aparente) e que por extensão da regra excepcional aos demais casos análogos, se formou uma teoria da aparência do direito<sup>71</sup>.

Para esse autor, contudo, seria no direito comercial onde a teoria da aparência assumiria aplicações mais interessantes, em razão, de acordo com o magistério de Calais-Auloy, da multiplicidade de exteriorizações, tanto materiais como legais, e da dispensa de investigação por força da rapidez dos negócios. Seriam casos de aparência, dentre outros:

---

<sup>69</sup> RÁO, Vicente. *op. cit.*, p. 244/245

<sup>70</sup> RÁO, Vicente. *op. cit.*, p. 246

<sup>71</sup> GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980, p. 118/119

Mandato aparente - como o mandato no direito comercial não se destina à prática de atos isolados (como no direito civil), mas à representação, sob todas as suas formas, maior é a possibilidade de ocorrência de erros, justificando-se assim tratar como real o que é aparente;

Representação comercial - possibilitando a responsabilização da sociedade pela prática de atos excessivos de seus representantes;

3) Administração de sociedades - acarretando a responsabilização da sociedade por atos de seus administradores cujos mandatos já expiraram, investidos irregularmente, com investidura nula ou ultrapassando os poderes previstos nos estatutos;

4) Sociedade aparente (irregular ou de fato) - quando terceiros negociam ou simplesmente contratam com uma sociedade que não tem existência legal, ou for constituída por ato nulo<sup>72</sup>.

Alípio Silveira cita como casos de aparência em nosso direito:

1) o casamento aparente (que desdobra em várias hipóteses, com consequências diversas):

a) o concubinato *more uxorio*;

b) a sociedade conjugal aparente (sociedade conjugal dissolvida, sem a necessária publicidade);

c) o casamento putativo;

2) a sociedade (civil) aparente;

3) a capacidade aparente;

4) a autorização material aparente (ausência de autorização por qualquer dos cônjuges) analisando-a sob dois prismas:

a) regime de bens no casamento e terceiros;

---

<sup>72</sup> GOMES, Orlando. *op. cit.*, p. 119/124



- b) a aquiescência tácita do marido e terceiros;
- 5) o credor aparente ou putativo;
- 6) o mandatário ou procurador aparente (que distingue do falso);
- 7) a propriedade aparente: aquisição a non domino (cita os casos de automóveis, título ao portador, bilhetes de loteria, rifas e sorteios: legitimidade aparente);
- 8) a propriedade aparente quanto aos bens imóveis e
- 9) herdeiro aparente<sup>73</sup>.

Álvaro Malheiros, em artigo na Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial nº 6, procurou resumir os casos comprovados de aparência de direito na doutrina, classificando-os em três tipos básicos: um, no qual se dá a descuido do titular na conservação de seu direito, outro, onde não existe titular verdadeiro e o titular aparente pratica atos, induzindo terceiros em erro escusável, e um terceiro, relativo aos casos analógicos com os tipos anteriores:

A) Casos em que o titular verdadeiro, por ação ou omissão involuntária, tendo descuidado do “ônus de conservação” de seu direito, vê seu direito contestado por terceiro que, agindo de boa fé, foi induzido em erro escusável por titular aparente. Segundo Falzea, a orientação mais recente da jurisprudência é no *sentido de reconhecer a aparência como princípio geral aplicável sempre que a causa da situação objetiva de que deriva a errônea inferência do terceiro de boa fé, seja um comportamento doloso ou culposos do titular real*. São, pois, casos que se enquadram nestas hipóteses:

- 1) Pagamento feito a credor aparente ou putativo (o verdadeiro credor, descuidando da conservação de seu direito, permite que o credor aparente, de boa ou má fé, se apresente ao devedor-terceiro de boa fé – como titular do crédito, levando-o a pagar erradamente

---

<sup>73</sup> SILVEIRA, Alípio. *A boa fé no Código Civil*. Vol. I. São Paulo : Edição do autor, 1972, p. 97 e ss.

(art.935 do Código Civil). Segundo Clóvis “é válido o pagamento feito ao cessionário, ainda que a cessão seja posteriormente anulada. O cessionário é um verdadeiro possuidor do título ; enquanto não se declara insubsistente a cessão, para todos os efeitos é ele o credor” (obs. n 2, ao art. 935).

2) Pagamento feito a credor primitivo que tenha cedido o seu crédito mas cuja cessão não foi oportunamente notificada ao devedor (art. 1.071).

3) Atos praticados por mandatário, após a revogação do mandato, com terceiros de boa fé, quando a revogação tenha sido notificada somente ao mandatário (art 1.318). No caso, o titular verdadeiro descuroou da “conservação” do seu direito deixando de notificar ou tornar conhecida “às pessoas que estejam tratando com o mandatário”, judicialmente, ou “usando de qualquer meio” (cf. observações de Clóvis).

4) No mesmo caso, os atos praticados pelo mandatário, ignorando este a extinção do mandato pela morte do mandante, ou por qualquer outra causa (art. 1.321). No primeiro caso, a omissão teria sido dos herdeiros, não notificando o mandatário da morte do mandante; ou deste próprio, nos demais casos de extinção do mandato (art.1316).

5) O atos de alientação (onerosos) ou de administração praticados pelo herdeiro aparente (excluído por indignidade; ou quando se verificar a existência de outros herdeiros com direitos precedentes, etc.) com terceiros de boa fé.

6) Situações de propriedade aparente (como a do art. 968) em que o titular aparente, de boa fé, aliena ou grava imóvel que tenha “indevidamente” recebido.

B) Casos em que existe um titular verdadeiro: simplesmente o titular aparente, de boa fé ou má fé, agindo com ou sem erro escusável, pratica atos

induzindo terceiros, estes sim de boa fé, em erro escusável:

1) Casos de domicílio aparente (art. 33), o lugar onde o “titular aparente” for encontrado, ou tenha o ponto central de seus negócios, não tendo ele residência habitual ou empregue a vida em viagens.

2) Caso do casamento putativo (art. 221), quanto aos efeitos civis em relação ao cônjuge ( ou cônjuges) de boa fé, e os filhos, do casamento nulo ou anulável.

3) Capacidade aparente (art. 155 do Código Civil ) inclusive, de testemunha.

C) Hipóteses em que, sem haver disposição expressa da lei, deve-se aplicar o princípio da aparência aos casos analógicos, seja na situação em que o titular verdadeiro deixa de atender ao ônus de conservação de seu direito (A), seja quando o titular aparente aja de boa ou de má fé (B) :

1) Testamento cuja função já cessou.

2) Exceção de poderes do mandatário.

3) Separação, de fato, dos cônjuges, induzindo à crença da inexistência ou cessação de direito, da sociedade conjugal.

4) Ostentação de vida more uxorio pelos concubinos, gerando a convicção de matrimônio perante terceiros.

5) Posse do estado de casados para os efeitos do art. 203 (não contestável em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do registro civil que prove já ser casado um dos cônjuges quando contraiu o casamento impugnado) ou do art. 206 (na dúvida, julgar-se-á pelo casamento).

6) Efeitos dos registros das pessoas civis para certos casos de capacidade, morte, nascimento, etc., inclusive a posse do estado de filiação (art. 348 do Código Civil ).

- 7) Filiação do nascido depois de 180 dias da dissolução da sociedade conjugal.
- 8) Autorização marital ( de qualquer dos cônjuges ) de fato.
- 9) Efeitos perante terceiros da sociedade conjugal aparente (dissolvida sem a necessária publicidade).
- 10) Regime de bens do casamento, nos seus efeitos perante terceiros, quando os cônjuges agirem de forma a aparentar regime diverso do juridicamente existente.
- 11) Efeitos dos registros das pessoas jurídicas, sejam civis ou comerciais. Neste último caso, efeitos dos registros efetuados nos registros de comércio.
- 12) Atos praticados pelo funcionário aparente ou de fato, ou praticado perante esse funcionário.
- 13) Efeitos de negócio jurídico inexistente, nulo ou anulável que, através de operações sucessivas, tenha penetrado na vida jurídica, produzindo novos efeitos, relativamente a terceiros.
- 14) A figura do comerciante de fato .
- 15) A situação das sociedades de fato inexistentes ou irregulares.
- 16) Atos praticados pelos administradores (de fato) das sociedades, regular ou irregularmente constituídas.
- 17) Atos, em excesso, do representante comercial ou do mandatário comercial.
- 18) Cessão ou locação do fundo de comércio.
- 19) Atos praticados mediante a exibição de título falsificado (pagamento de cheque ou título falso, cessão falsa, etc.)<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> MALHEIROS, Álvaro. *op. cit.*, p. 74/76

#### 4.1.2 CASUÍSTICA NA JURISPRUDÊNCIA

A aplicação da teoria da aparência é farta na jurisprudência. Como bem expressa Falzea, abusou-se da transposição do princípio da aparência, aplicando-o a campos díspares do Direito:

Come suole avvenire in simili casi, nei primi entusiasmi per la nuova teoria non si andò troppo per il sottile: non ci si preoccupò di controllare la possibilità di trasferire un principio elaborato per un dato sistema in un sistema diverso e si credette di trovare applicazioni di questo principio nei più diversi istituti: dal possesso ai titoli di credito, dalla pubblicità al matrimonio, dagli atti di pubblica fede alle società commerciali<sup>75</sup>.

No nosso ordenamento também são múltiplas as aplicações da teoria da aparência no âmbito do direito processual, do direito comercial, do direito civil:

#### TEORIA DA APARÊNCIA - ACOLHIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO - BOA FÉ -

A nossa legislação, além do art. 1600 do Código Civil, acolheu a aparência em vários outros de seus dispositivos, como, por exemplo, os arts. 1.318, 221 e 935, **não havendo razão para que o princípio não seja aplicado analogicamente a outras hipóteses**, como admite o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. No próprio direito administrativo, a teoria da aparência encontra aplicação, como acontece em relação ao funcionário de fato, cuja validade de seus atos é reconhecida em relação aos terceiros de boa-fé. **Na verdade, a exigência da preservação da segurança das relações jurídicas e o resguardo da boa-fé de terceiros deve justificar o acolhimento da teoria da aparência** (TJRJ - Ac. unân. da 5ª Câmara).

---

<sup>75</sup>FALZEA, Angelo. *op. cit.*, p. 683

de de 8.9.81; reg. 13.10.81- Ap. 18.302 - rel Des. Graccho Aurélio)<sup>76</sup>.

#### INTIMAÇÃO - ADVOGADO - FUNCIONÁRIO DO ESCRITÓRIO

O fato de o aviso de recebimento não haver sido firmado pelo advogado destinatário, porém por outra pessoa do escritório, não lhe retira o cunho da certeza de haver sido a intimação feita, se, anteriormente, essa mesma pessoa assinou outro recibo idêntico, fazendo assim crescer a convicção de ter sido legalmente concretizada, por fazer certo que se trata de pessoa encarregada da portaria do escritório, do citado profissional do Direito (TJSP- Ac. unân. da 4ª Câ. de 12.11.79; reg. 22.280 - Ag. Instr. 287.954 - rel. Des. Henrique Machado)<sup>77</sup>.

#### NOTIFICAÇÃO - CARTA - RECOLHIMENTO POR PESSOA DA FAMÍLIA DO DESTINATÁRIO.

Considera-se válida a notificação por carta expedida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, feita em pessoa da família do destinatário ou de sua confiança(TJSC- Ac. unân. da 1ª Câ. de 16.11.80- Ap. 16.003- rel. Des. Osny Caetano)<sup>78</sup>.

#### CITAÇÃO - CONDOMÍNIO - COBRANÇA DE COTAS - HORA CERTA NA PESSOA DO PORTEIRO.

Cobrança de cotas de condomínio. Citação com hora certa, corretamente feita. Obrigação **propter rem** garantida pela unidade residencial devedora. A citação pode ser feita na pessoa de qualquer um dos co-proprietários, sendo questão **inter alios** a divisão ou

---

<sup>76</sup>VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 1/2

<sup>77</sup>VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 3/4

<sup>78</sup>VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 4

rateio, entre os proprietários, do montante correspondente às cotas pagas (TARJ- Ac. unân. da 4ª Câ. de 15.9.87- Ap. 61.617; Reg.2.561- rel Juiz geraldo Magela)<sup>79</sup>.

**CITAÇÃO - CONDOMÍNIO - SÍNDICO - ADMINISTRADOR DE FATO - TODOS OS CONDÔMINOS.**

A citação há de ser na pessoa do síndico ou, em não havendo, na do administrador, considerando-se efetivada quando este último a aceita e declara essa qualidade. Todavia, como a autora sustenta inexistir síndico ou administrador, deve citar todos os condôminos (TARJ - Ac. unân. da 1ª Câ. de 15.9.81 - Agr. Instr. 21.453; reg. 218 - rel. Juiz José Evaldo Tavares)<sup>80</sup>

**CITAÇÃO - GERENTE DA EMPRESA.**

Se a citação é feita dentro da sede da empresa, a um preposto seu, que por ela se apresenta como responsável, não há como se negar a validade do ato, mormente se esse preposto, mesmo depois de cientificado de que estava recebendo citação judicial, manteve sua condição de responsável. É a teoria da aparência, pela qual presume-se mandatário comercial aquele que se acha à testa do estabelecimento, cuja aceitação vem se impondo, mais e mais, pelos tribunais do nosso país (TARJ - Ac. unân. da 6ª Câ. de 16.5.89 - Ap. 3.244; reg. 2497 - rel. Juiz Sérgio Cavalieri Filho)<sup>81</sup>.

**CITAÇÃO - REPRESENTANTE APARENTE DA EMPRESA**

---

<sup>79</sup> VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 6

<sup>80</sup> VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 7

<sup>81</sup> VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 9

Os tribunais pátrios têm decidido que é válido, segundo a teoria da aparência, a citação feita na pessoa de quem, numa sociedade, se apresenta aos olhos de todos como representante da pessoa jurídica, tanto mais se a assertiva contrária resulta demonstrada. Ademais, consta da certidão lavrada pelo meirinho, com a fé pública de que dispõe, que citou a ré, na pessoa de seu representante legal, entregando-lhe a contrafé. A mera irregularidade constante do mandado, de ser a empresa responsável pela indenização uma firma de capital limitado, ao invés de sociedade anônima, não tem o condão de anular a citação efetiva com a denominação correta da empresa (TJES - Ac. unân. da 1ª T. publ. em 5.3.80 - Ap. 11.428 - Capital - rel. Des. Geraldo Correia Lima)<sup>82</sup>.

#### "CITAÇÃO - MANDATO APARENTE- PESSOA JURÍDICA

Quando alguém, sem ter recebido poderes para tanto, age em nome de uma sociedade como se fora seu administrador, importa saber-se, em tais circunstâncias, se pode recorrer à noção de aparência para justificar a responsabilidade da sociedade pelos atos praticados por esse falso administrador. Na prática, dificilmente ocorrerá a hipótese sem que os responsáveis pela sociedade dêem sua aquiescência, assim entendida a passividade diante dessa anormalidade. Quando, porém, se verifique e o falso diretor, ou falso gerente se comporte aos olhos de todos e para com terceiros como se realmente estivesse a exercer, por título legítimo, a administração da sociedade, motivo não há para se repelir a aplicação dos princípios concernentes à aparência, porquanto se conjugam todos os elementos

---

<sup>82</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 13/14



considerados indispensáveis à sua configuração técnica. Evidentemente, torna-se necessário que o comportamento do falso administrador incite o de terceiros levando-os à crença de que tratam com alguém que exerce legitimamente a função (TASP - Ac. do 1º Gr. de Câms. de 9.11.79 - E. Infr. 254.058 - rel Juiz Rapahael Gentil)<sup>83</sup>.

CONGLOMERADOS                      FINANCEIROS                      -  
RESPONSABILIDADE                      INDIFERENCIADA                      -  
LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA HOLDING, EM  
AÇÃO DECORRENTE DE ATO DE SOCIEDADE  
FILIADA.

Dadas as características dos grandes conglomerados financeiros, integrando formalmente ou não “grupo de sociedades” (Lei 6.404/76, arts. 265 e segs.), apresentam-se eles ao público e à clientela como instituição única, sob denominação e abreviatura uniforme e freqüentemente operando em um só espaço físico, o da agência do banco comercial, servindo-se as diversas pessoas jurídicas do mesmo quadro funcional. Em tais condições, a diferenciação entre as pessoas jurídicas, enquanto inegável do ponto de vista técnico-jurídico, tem de ser desconsiderada nas relações com as pessoas às quais tal diversidade não se dá a conhecer, ou mesmo se faz questão de ocultar. Aplicável é a teoria da aparência, em nova e peculiar configuração, a doutrina dos **disregard**, de modo a reconhecer-se legitimação passiva do banco comercial mesmo que figurante da relação jurídico-material seja a companhia de crédito imobiliário. Essa solução faz parte do elenco de medidas indispensáveis à assecuração de tutela jurisdicional efetiva ao litigante eventual em face do poderoso, onipresente e multímido litigante habitual

---

<sup>83</sup> VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 19/20

(TJRJ - Ac. unân. do 3º Grupo de Câmaras. de 28.4.89 - Emb. Infr. 588.058.453 - rel. Des. Adroaldo Fabrício)<sup>84</sup>.

### **DUPLICATA - QUITAÇÃO POR REPRESENTANTE APARENTE**

A teoria da aparência tem inteira aplicação em caso de quitação de duplicata, firmada através de recibo por quem, aparentemente, representava o credor, ainda mais quando demonstrado que a importância foi remetida via bancária pelo representante (TAPR - Ac. 28.565 unân. 3ª Câm. de 9.2.88 - Ap. 2.364 - Ubiratã - rel. Juiz Maranhão de Loyola)<sup>85</sup>.

### **DUPLICATA - ACEITE POR REPRESENTANTE APARENTE**

É válido o aceite aposto, em nome do devedor, em duplicata, no estabelecimento de sua sede por quem não tinha poderes expressos para esse fim, face ao princípio da boa-fé que se deve existir no comércio. Se o comprovante de entrega e recebimento da mercadoria cuja venda deu origem à dívida foi assinado no endereço do devedor, onde teria sido feita a entrega, na data constante do documento, só mediante prova idônea da negativa do devedor de a ter recebido pode ser elidida a sua responsabilidade (TAMG - Ac. da 2ª Câm. de 222.85 - Ap. 26.863 - Uberlândia - rel. Juiz Leonídio Doehler)<sup>86</sup>.

### **PROMISSÓRIA - EMISSÃO E ENDOSSO POR SÓCIO SEM PODERES**

---

<sup>84</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 23

<sup>85</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 33

<sup>86</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 36

Em se tratando de notas promissórias, vencidas e não pagas, revestidas de todos os requisitos legais, constituem elas títulos extrajudiciais, aptos a serem cobrados por via de Execução, nos termos do disposto nos arts.583 e 585, I, do CPC, sendo títulos líquidos, certos e exigíveis (art.586). É irrelevante que só um dos sócios as tenha assinado, como eminente, pela Sociedade, e, se extrapolou ele os poderes que lhe confere o seu Contrato de Constituição da Sociedade, poderá esta exercer, contra ele, o direito regressivo, por prejuízos que acaso este lhe cause, nunca, porém, se exonerando de pagar títulos líquidos e certos, exigíveis, que houvessem sido assinados por má-fé ou abuso de poder social (TARJ - Ac. unân. da 2ª Câ. de 4.981; reg. 24.9.81 - Ap. 66.855 -rel. Juiz Francisco Faria)<sup>87</sup>.

#### “VENDA - EMPREGADO DE ARMAZÉM.

A simples presença de empregados em um armazém, nos lugares destinados à venda, é de molde a considerá-los autorizados para vender as mercadorias ali existentes, e o terceiro que as comprou de boa-fé se estriba em tal argumento para garantir-se da operação, a menos que o contrário resultasse de circunstâncias conhecidas. “O direito de aparência, que tanto no mandato como em outros contratos, pode salvar e prestigiar arbitrariamente. É calcado em regras e em princípios de onde tira a sua força garantidora dos negócios realizados ou dos direitos que deles se geram”(TASP - Ac. unân.da 6ª Câ. de 27.11.84 - Ap. 333.320 - rel. Juiz Ferreira da Cruz)<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 44

<sup>88</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 50

### OBRIGAÇÃO ASSUMIDA POR MANDATÁRIO APARENTE - RESPONSABILIDADE DO PREPONENTE.

Responde o preponente por obrigação assumida por funcionário de seu escritório, sob mandato aparente, perante terceiro de boa-fé (TASP - Ac. unân. da 4ª Câm. de 27.9.89 - Ap. 410.927/7 - rel. Juiz Octaviano Lobo)<sup>89</sup>.

### LOCAÇÃO - APARÊNCIA DE PODERES PARA LOCAR - EFICÁCIA DO CONTRATO.

Contrato de locação subscrito por quem não representava legalmente o locador, embora sendo empregado de uma das rés. Teoria da aparência, por presunção de que o empregado tinha poderes para representar e contratar a locação em nome da proprietária do imóvel. Somente se a locatária que reclama da validade do contrato, tivesse motivo para duvidar dos poderes de representação da pessoa que o subscreve, poderia deixar de exigir o seu cumprimento ou que fosse a locação considerada válida bem como a ocupação do imóvel, até a data em que este viesse a ser reclamado pela sua proprietária, com prova suficiente de que não autorizara a locação. É indiscutível o direito do locatário de consignar o aluguel na forma e quantia pactuada no instrumento subscrito por quem tinha aparência de poder alugar o imóvel (1º TARJ- Ac. unân. da 7ª Câm; reg. em 24.9.85- Ap. 28.424-rel. Juiz Hilário Alencar)<sup>90</sup>.

### FIANÇA - EXONERAÇÃO - COMUNICAÇÃO EPISTOLAR - SILÊNCIO COMO ANUÊNCIA.

---

<sup>89</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 51

<sup>90</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 55

Na prática do comércio, se a cada silêncio de uma das partes precisasse reagir a outra com uma demanda de declaração da situação jurídica criada com a declaração enviada àquela e com essa omissão de responder, emperrado ficaria o giro mercantil de todos, com o prejuízo para o comércio em geral, para a economia e para o crédito. Por isso é que o silêncio há de ter o seu valor e expressão nos negócios jurídicos, pois que, conforme costume arraigado mormente entre comerciantes, ele constitui ordinariamente um sinal, ou símbolo, representativo da concordância; com isso, prestigia-se a boa-fé dos contratantes e estimula-se a celeridade e confiabilidade dos atos do comércio, o que tudo constitui a base da teoria da aparência, que aos poucos vai obtendo o sufrágio da doutrina e dos tribunais. Assim, dá-se por exonerado da fiança o fiador a partir de quando recebida pela contratante a carta por ele remetida, julgando-se improcedente ação para cobrança de obrigações assumidas pela afiançada, posteriores ao fato (1º TACSP - Ac.do 1º Gr, de Câm. de 19.3.81- Embs.270.328 - Capital- rel. Juiz Rangel Dinamarco)<sup>91</sup>.

PAGAMENTO PUTATIVO - BOA-FÉ -  
REPRESENTANTE LEGAL -VALIDADE.

Comprovado que quem assinou a quitação era representante da credora, ou mesmo seu mandatário putativo, tem como aplicável a regra do art. 935 do Cód. Civ., posto que da prova dos autos defluem seguramente essa circunstância e a boa-fé do devedor (TAPR - Ac. unân. da 2ª Câm. Civ. de 21.6.89 - Ap. 943/89 - rel. Juiz Gilney Leal )<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup>VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 55/56

<sup>92</sup>VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 60

**PAGAMENTO PUTATIVO - MANDATÁRIO APARENTE.**

Válidos os pagamentos feitos a mandatário aparente, de boa-fé, se o mandante deixou ganhar curso, na comunidade de seus devedores, a aparência de que existiam poderes: **error communis facit jus** (TARJ - Ac. unân. da 7ª Câmara de 9.4.80; reg. 18.6.80 - Ap. 45.269 (11.063) - rel. Juiz Paulo Roberto Freitas)<sup>93</sup>.

**LOCAÇÃO - INFRAÇÃO CONTRATUAL - CESSÃO DE USO DE GARAGEM SEM CONSENTIMENTO DO LOCADOR.**

Fato comunicado ao síndico - Boa-fé do locatário, pessoa humilde e ingênua - Inexistência de intenção de descumprir obrigação contratual - Aplicação da teoria da aparência de direito - Ação de despejo improcedente - Voto vencido.

Conquanto comprovada a acessão temporária e gratuita de uso de vaga de garagem sem consentimento expresso do locador, tratando-se o locatário de pessoa humilde e ingênua, que agiu de boa-fé, supondo regular o ato praticado, comunicado ao síndico, não evidenciando, com seu comportamento, qualquer intenção de descumprir obrigação contratual, autorizada a aplicação da teoria da aparência de direito, não sendo de se reconhecer, na espécie, infração contratual autorizadora do despejo. Mesmo admitindo, para argumentar, que tal procedimento possa caracterizar violação do contrato, é de se registrar a pouca expressão e relevância da infração, a desautorizar o decreto de despejo (2º

---

<sup>93</sup> VILLAS BOAS, Damley. *op. cit.*, p. 60

TACSP - Ap. 201.303.0 - 2ª C.- j. 4.2.87 - rel. Juiz Batista Lopes, in RT 619/153)<sup>94</sup>.

### RESPONSABILIDADE CIVIL - CORRETORA DE VALORES - VERBA ENTREGUE PARA APLICAÇÃO.

Particular que aplica dinheiro em Corretora de Valores, cujo funcionário com funções gerenciais não efetua a aplicação e nem recolhe a quantia pretendida a aplicar em favor da corretora. Caracterizada está a relação jurídica entre o aplicador e a corretora, embora não obtida a vantagem pretendida, por culpa de preposto desta (TJRJ - Ac. unân. da 6ª Câmara; reg. em 2.3.90 - Ap. 4.153/89- rel. Des. Hilário Alencar)<sup>95</sup>.

### RESPONSABILIDADE CIVIL - BANCO - ATO PRATICADO POR PREPOSTO.

Se o Banco é vítima da ação maliciosa, ou mesmo criminosa, de algum funcionário ou alguns funcionários de seus quadros, é matéria de sua economia interna, podendo e devendo agir como bem lhe convier, mas sem livrar-se da responsabilidade de preponente, em face de atos de seus prepostos, para com terceiros, inexistindo comprovação da má-fé, ou do conluio, desses últimos, isto é, dessas pessoas estranhas ao Banco. A boa-fé, que decorre de erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supre as nulidades, remove os defeitos, antecipa os prazos da prescrição, consolida o domínio (TJGB - Ac. unân. da 1ª Câmara; reg. em 17.5.74 - Ap. 88.220 - rel. Des. José Cyríaco da Costa e Silva)<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 71/72

<sup>95</sup> VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 75

<sup>96</sup> VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 76

## 5. EFICÁCIA DA APARÊNCIA DE DIREITO

### 5.1. DOUTRINA FRANCESA

A doutrina francesa acerca da aparência de direito se firmou inicialmente em torno do adágio latino: *Error communis facit ius*. Segundo Henri Mazeaud o princípio da máxima latina era o de que toda vez que um erro de fato ou de direito fosse invencível, isto é, não houvesse possibilidade de escapar-se de cometê-lo, e que esse entendimento errôneo fosse compartilhado por todos ou pela grande maioria das pessoas de conhecimento e compreensão normais, dever-se-ia aplicar o adágio, como uma regra de ordem pública, protetora do interesse social, contra o princípio da autoridade da lei. Nesses casos, a aparência invencível é colocada no mesmo plano que a realidade<sup>97</sup>.

A origem desse adágio deve-se aos glosadores, que pretendem descobri-lo no Digesto: ele estava em seu espírito, mas não em sua letra<sup>98</sup>. Abrigada na autoridade do direito romano a máxima *Error communis* foi adotada sem discussão na jurisprudência dos Paramentos franceses que invocavam o princípio da *Lex Barbarius Philippus* para cobrir as irregularidades. Tratava-se, portanto, de um princípio solidamente estabelecido que foi confirmado após a promulgação do Código Napoleão pelo aviso do Conselho de Estado de 2 de junho de 1807, aviso interpretativo que tinha força de lei em virtude da Constituição do ano VIII<sup>99</sup>.

A máxima do *Error communis facit ius* se destina primordialmente à proteção do interesse público, à confiança generalizada em dada situação aparente:

Ici, nous l'avons indiqué, il s'agit de protéger l'intérêt social. C'est l'intérêt public qui est en jeu, et l'intérêt public ne saurait s'absorber dans la contemplation d'un

---

<sup>97</sup> MAZEAUD, Henri. La Maxime "Error communis facit ius". *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Tome XXIII. Paris : Librairie Recueil Sirey, 1924, p. 930/932

<sup>98</sup> MAZEAUD, Henri. *op. cit.*, p. 933

<sup>99</sup> MAZEAUD, Henri. *op. cit.*, p. 934



seul individu. Cet intérêt n'est menacé que si, non pas un individu, mais un très grand nombre est tombé ou aurait pu tomber dans l'erreur; car il s'est alors créé une situation apparente à laquelle chacun a pu légitimement se fier<sup>100</sup>.

O erro será comum quando, por um critério objetivo, o erro é compartilhado pela maior parte, senão por todos:

Dans la recherche de la nature juridique de l'error communis, il semble, si l'on s'en tient au terme même 'comune', que l'on doive arrêter à un criterium purement objectif, tiré du nombre de ceux qui se sont trompés: l'erreur est commune lorsqu'elle est partagée par la plupart sinon par tous. On ne saurait exiger, en effet, que l'erreur soit universellement partagée, car, bien souvent, celui-là même qui crée l'apparence est de mauvaise foi; il connaît parfaitement la vérité. C'est ainsi que le propriétaire apparent s'est souvent fraudeusement approprié la chose; que le mandataire apparent sait qu'il agit sans aucun mandat; la jurisprudence n'en fait pas moins application de la maxime, car la sécurité sociale est menacée<sup>101</sup>.

Para que se aplique o adágio também é necessário que o erro seja inescusável, que não pudesse ser previsto, nem impedido. Para Mazeaud, de acordo com a jurisprudência francesa, não basta portanto que o erro seja somente excusável, mas sim, obrigatório e necessário:

La jurisprudence s'est montrée plus rigoureuse. Il faut, affirment les arrêts, que celui qui est tombé dans l'erreur n'ait pu ni la prévoir, ni l'empêcher, qu'aucune prudence humaine n'ait pu l'en prémunir. L'erreur doit être telle qu'il ait été impossible de s'en garantir, et telle que les plus prudents et les plus avisés - voilà

---

<sup>100</sup> MAZEAUD, Henri. *op. cit.*, p. 936

<sup>101</sup> MAZEAUD, Henri. *op. cit.*, p. 936

l'excellent **pater familias** - l'aient commise comme celui qui en réclame le bénéfice, et qu'en ce qui le concerne, il lui ait été moralement impossible de l'éviter.

L'erreur, pour la jurisprudence, doit donc être non pas seulement excusable, mais obligatoire et nécessaire: elle doit être 'invincible' ; le mot assez exactement l'esprit des arrêts<sup>102</sup>

Henri Mazeaud ressalta contudo que um erro pode se constituir em *error communis* mesmo quando ele não é admitido por um grande número de pessoas: basta que ele seja invencível. E será invencível quando se basear num ato emanado de uma autoridade (que têm presunção de veracidade) ou quando, de acordo com os usos correntes numa época determinada, forem insuperáveis. O critério de invencibilidade do erro deverá ser julgado objetivamente pelos magistrados, que, na avaliação da qualidade destes, são plenamente soberanos<sup>103</sup>.

Concluindo, o autor descreve que o *error communis* é, portanto, para a jurisprudência francesa, o erro nascido de uma aparência invencível, e que, para saber se o erro é comum, os juízes do fato vão escutar sua causa; nessa pesquisa eles são soberanos. Uma situação de fato contrária ao direito não pode ser mantida senão quando a segurança social a exige; ora, a aplicação estrita da lei não ameaça a segurança social, exceto no caso em que a violação da regra de direito é necessária e obrigatória.

A regra do *error communis facit ius* sofreu severa crítica de parte da doutrina francesa. Analisando o adágio esses doutrinadores consideraram que essa máxima se chocava com a regra de direito e de bom senso segundo a qual não se pode dar o que não lhe pertence: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Essa regra é o fundamento do art. 1599 do Código Civil francês que determina, sem nenhuma reserva, a

---

<sup>102</sup> MAZEAUD, Henri. *op. cit.*, p. 937/938

<sup>103</sup> MAZEAUD, Henri. *op. cit.*, p. 938/939

nulidade da venda de uma coisa pertencente à outra pessoa. Os irmãos Mazeaud, contestando essa tese, afirmaram que esta argumentação não era determinante. Para eles, é certo que o proprietário aparente não pode transferir direitos que não têm; mas, entretanto, a lei pode operar uma tal transferência. A aquisição da propriedade (imobiliária, no caso) se dá como aquela dos móveis do art. 2279 do Código Napoleão: é uma aquisição *ex lege*<sup>104</sup>.

Para que a regra *error communis* produza efeitos imediatos, no domínio dos direitos reais, é preciso exigir para o seu exercício condições muito mais restritas que para o usucapião decenal. São as seguintes essas condições:

- a) L'acquéreur doit avoir cru acquérir du véritable propriétaire le droit de propriété ou un autre droit réel; la bonne foi suppose donc une erreur commise, au moment de l'acquisition ou de la location par l'ayant cause sur la qualité de son auteur.
- b) L'erreur doit avoir été partagée par tous, être commune. Du moins ne saurait-on exiger que tout le monde se soit effectivement trompé; il suffit que chacun ait pu se tromper.
- c) Enfin l'erreur doit être invincible: il était impossible, en tous cas très difficile, de ne pas se tromper étant donnés la situation de fait, l'apparence du propriétaire prétendu, par exemple les titres qu'il a produits, la publication de sa propre acquisition, sa conduite à l'égard de la chose etc<sup>105</sup>.

Quanto aos efeitos, o fim perseguido pelo adágio é somente o de proteger os que incorreram no erro comum. A segurança social é assegurada desde que os atos feitos sob o império de um erro invencível sejam mantidos. É preciso distinguir

---

<sup>104</sup> MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. *Leçons de droit civil. Tome II. Vol II.* 5 éd. Paris : Montchrestien, 1978, p. 140

<sup>105</sup> MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. *op. cit.*, p. 141/142

contudo as relações entre o proprietário verdadeiro e terceiros das relações entre aquele e o proprietário aparente. A teoria da aparência tem somente por fim proteger a terceiros, que incorreram em erro invencível. Ela é, portanto, sem efeito nas relações entre o proprietário verdadeiro e o proprietário aparente. O proprietário aparente é obrigado a devolver ao proprietário verdadeiro a coisa, se ela está ainda em suas mãos; se a cedeu, ele deve restituir, seja o preço que tiver recebido se estiver de boa fé, seja o valor atual do bem com perdas e danos quando estiver de má fé. O proprietário aparente, quando está de boa fé, conserva os frutos percebidos.

Quanto às relações entre o proprietário verdadeiro e terceiros, a aparência é criadora de direitos. O terceiro adquirente, mesmo recebendo a coisa de uma pessoa que sobre ela não tem nenhum direito, converte-se em proprietário (ou converte-se em titular de um direito real: hipoteca, usufruto, servidão etc.). A propriedade (ou um outro direito real) não é transferida pela vontade do proprietário aparente, que não pode dispor de coisas sobre as quais não tem nenhum direito; ela é transferida por efeito da lei: é um caso de aquisição *ex lege*. Nenhum recurso pode ser exercido contra o adquirente nem pelo proprietário verdadeiro, nem pelo proprietário aparente.<sup>106</sup>

A regra do *error communis facit ius* tem, assim, para os doutrinadores franceses, aplicação em todo o campo do direito. Ela constitui uma exceção de ordem geral à regra de direito. Segundo Henri Mazeaud podemos dar-lhe a seguinte definição geral:

Nous avons ainsi défini et précisé la portée de la maxime **error communis facit ius** : toute situation de fait, contraire au droit, doit être maintenue, lorsqu'elle est née d'une erreur invincible. La jurisprudence trouve dans cet adage un merveilleux instrument, qui lui permet d'adoucir et de tempérer tout ce qu'une

---

<sup>106</sup> MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. *op. cit.*, p. 142/143

application stricte de la loi aurait de contraire à l'intérêt social<sup>107</sup>.

A fundamentação da teoria da aparência no adágio *error communis facit ius* vem sofrendo forte crítica da doutrina francesa, particularmente no campo do direito comercial, onde a máxima não permitiria explicar diversos casos de aparência de direito. Argumenta, com vigor, Jean Calais-Auloy:

Mais l'adage 'error communis facit ius' ne peut pas servir de fondement aux applications que fait le droit commercial de la théorie de l'apparence, car, dans ce droit, l'erreur n'est pas nécessairement invincible. Nous constaterons que, dans la plupart des hypothèses, les tiers bénéficiaires de l'apparence auraient pu, en procédant à certaines investigations, connaître la réalité. On ne peut pas parler d'erreur invincible lorsque celle-ci porte sur l'existence ou sur la régularité d'une société dont la fictivité ou l'irrégularité aurait pu être décelée par un examen attentif des statuts ou par des renseignements approfondis sur la personne des associés. On ne peut pas parler d'erreur invincible à propos du tiers qui contracte avec un mandataire apparent, alors qu'il aurait pu se renseigner au près du faux mandant sur la réalité des pouvoirs de son contractant. L'erreur n'est pas invincible en matière de effets de commerce, car le porteur peut toujours procéder à des investigations extérieures pour déceler l'absence de rapports sous-jacents. Comment surtout parler d'erreur invincible dans le cas extrêmes où la jurisprudence considère que les tiers peuvent ignorer une limitation de pouvoir qui, pourtant, a été régulièrement publiée ?<sup>108</sup>

Para este autor, devido à multiplicação das exteriorizações materiais e legais e à segurança dinâmica das relações jurídicas,

---

<sup>107</sup> MAZEAUD, Henri. *op. cit.*, p. 960

<sup>108</sup> CALAIS-AULOY. *op. cit.*, p. 28

que exige uma dispensa maior de investigações, deve-se procurar um fundamento da aparência que seja menos imperioso, que não exija um erro absoluto, compartilhado pela massa, nem que seja invencível, mas erros capazes de ocorrer no cotidiano, no mundo apressado das relações civis e comerciais.

Calais-Auloy fundamenta a teoria da aparência na idéia do erro legítimo ou erro excusável. Argumenta ele que, a pessoa que está na origem da situação aparente é obrigada porque ela corre um risco participando da vida dos negócios. Ela não necessariamente simulou, nem necessariamente cometeu uma falta, mas é, entretanto, engajada porque correu um risco, aquele de provocar por sua atividade uma aparência enganosa.

A existência de tal risco importa numa diminuição de certo tipo de segurança jurídica pois a pessoa não está jamais certa de engajar-se no limite de sua vontade. Porém trata-se de uma segurança estática, própria do direito civil, dos direitos já adquiridos e consolidados e não da segurança dinâmica mais afeita ao direito comercial, à fortuna em movimento. Assim a idéia de risco aplicado à aparência é uma idéia de aparência criada. A pessoa é engajada porque sua atividade suscitou uma aparência enganosa; ela é engajada no limite dessa aparência e não no limite dos danos eventualmente resultantes<sup>109</sup>.

Argumenta ainda esse autor que, se um risco é posto no encargo de certas pessoas é porque outras pessoas mereceram ser titulares de um direito correlativo. As necessidades de segurança dinâmica da sociedade moderna exigem a criação desse direito em proveito da pessoa que é enganada pela aparência. A explicação desse direito se encontra no erro legítimo cometido sob o engano das aparências.

Para se prevalecer da aparência é necessário, para Calais-Auloy, que, primeiramente, tenha-se cometido um erro, acreditando-se que a situação aparente era uma situação verdadeira. Esse erro confunde-se com a noção corrente de boa fé-crença.

---

<sup>109</sup> CALAIS-AULOY. *op. cit.*, p. 24/25

Mas embora necessária a boa fé não é suficiente para configurar o erro criador de direito. É necessário também a legitimidade dessa crença, ou seja, que a realidade esteja escondida sob um elemento visível diferente e que este conduza os terceiros a se enganarem, tomando a aparência por realidade. Para o autor, nas relações sociais modernas e particularmente no direito comercial, a segurança dinâmica é mais favorecida, pois o erro é protegido, mesmo se ele não é invencível, basta somente que seja legítimo. Assim são satisfeitas as necessidades de circulação (pois que nenhuma pessoa hesitará em tornar-se adquirente) e de rapidez (pois que nenhuma pessoa será submetida a proceder a longas investigações)<sup>110</sup>.

Portanto, a doutrina francesa mais recente vem deixando, especialmente nas suas aplicações do direito comercial, a tese do *error communis* de caráter subjetivo e fundando a aparência no erro escusável, de critério mais objetivo. Trata-se de uma gradação: a qualidade do erro é apreciada segundo os elementos materiais sobre os quais ele repousa e que constituem sua aparência objetiva. Se se exige a invencibilidade, define-se a aparência de modo estrito; aquela que é de natureza a enganar o indivíduo mais cauteloso. Se se contenta com a legitimidade, é mais larga a definição de aparência e se leva em conta as manifestações exteriores próprias somente a enganar uma pessoa medianamente diligente. Como na invencibilidade, a legitimidade do erro supõe um elemento visível diferente da realidade oculta; a diferença reside nas características mais ou menos determinantes dessa falha de concordância<sup>111</sup>.

## 5.2. DOCTRINA ALEMÃ

Segundo Falzea a teoria alemão vincula a aparência ao princípio geral da publicidade (*Publizitätsprinzip*) inspirado na exigência de tutelar a fé pública. O princípio abarca todos os casos em que um ato realizado por um terceiro com um sujeito que não é o titular do direito é igualmente eficaz, como se o fosse

---

<sup>110</sup> CALAIS-AULOY. *op. cit.*, p. 32/34

<sup>111</sup> CALAIS-AULOY. *op. cit.*, p. 35

com o titular, porque um título de investidura formal do sujeito cria uma situação de garantia do terceiro. A investidura formal em um direito subjetivo que na realidade não existe é dada em variadas hipóteses: da posse pelos instrumentos de fé pública às várias figuras de publicidade<sup>112</sup>.

Assim, segundo esse autor, o pressuposto da tutela de terceiro sempre está em que

l'affidamento sia giustificato da un titolo formale, al quale, infine, fa capo l'apparenza del diritto: questa pertanto, indica null'altro che l'operare dei fenomeni formali - per ragioni di affidamento - anche quando la situazione giuridica da essi formalmente assunta non esista nella realtà. In questa concezione, dunque, l'idea di apparenza non solo si ritiene compatibile, ma anzi è collegata essenzialmente con l'idea di formalismo, tanto che anche il possesso è configurato come titolo formale d'investidura.<sup>113</sup>

No direito alemão o ordenamento jurídico protege a confiança nos fatos exteriores, proteção apenas concedida em determinadas ocasiões aos que procedem de boa fé e, ainda assim, unicamente quando a boa fé se apoia sobre bases de fato concretamente determinadas (por exemplo, posse, inscrição em registros, documentos, notificação, situação jurídica até então verdadeira). Assim, em certos casos, adquire-se com eficácia plena se a aquisição deriva de boa fé (em virtude do negócio jurídico) de um titular que só o é na aparência, por exemplo do que possui uma coisa móvel sem ser proprietário da mesma, ou do que está indevidamente inscrito em registro. Com relação aos imóveis, é sabido que o direito alemão considera o registro exato em favor do adquirente, salvo quando do mesmo registro consta uma impugnação ('contradita'), ou quando o adquirente conhece sua inexatidão<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup>FALZEA, Angelo. *op. cit.*, p. 684

<sup>113</sup>FALZEA, Angelo. *op. cit.*, p. 684

<sup>114</sup>RÁO, Vicente. *op. cit.*, p. 235



### 5.3. DOUTRINA ITALIANA

A doutrina italiana busca fundamentar a aparência de direito em critérios objetivos. Mariano D'Amelio procurou examinar as situações concretas, justificando a analogia extensiva dos casos particulares aos gerais:

Dalla molteplicità dei casi risolti con lo stesso criterio si è andato diffondendo il convincimento che la teoria dell'apparenza del diritto abbia acquistato cittadinanza anche fra noi, per essere utilizzata come un principio generale.

(...) La ragionevolezza del principio dottrinale è dimostrata da esigenze di carattere sociale, o, come afferma l'ASCARELLI, da esigenze politiche. Quando l'apparenza del diritto è ragionevole, deve permettersi ai terzi di considerarla come corrispondente alla realtà per non creare sorprese alla buona fede nelle contestazioni; per non obbligare i terzi ad un accertamento preventivo della realtà di quanto appare evidente, con intralcio gravissimo della vita degli affari; per non rendere più lenta e faticosa e costosa l'attività giuridica, in un momento storico dove tutto esige speditezza e sicurezza nella formazione dei rapporti giuridici e sociali. È lo stesso concetto che informa l'art. 933. Poiché se è esatto che non è sempre facile riconoscere chi sia il vero erede, e che questa difficoltà è la giustificazione immediata e particolare della norma, è pur vero quella generale e mediata è il bisogno della sicurezza del traffico e della stabilità della vita giuridica.<sup>115</sup>

Para Falzea a jurisprudência italiana vem alargando cada vez mais as hipóteses de interpretação analógica dos preceitos reguladores da aparência no direito positivo. Ele crê que não se possa contestar nem a legitimidade do princípio da aparência que

---

<sup>115</sup> D'AMÉLIO, Mariano. Apparenza del diritto. op. cit., p. 716

decorre das disposições do direito italiano, nem negar que este transcenda as figuras legislativamente disciplinadas:

Non crediamo possa contestarsi la legittimità del principio giuridico della apparenza, desunto da inequivoche disposizioni del nostro diritto positivo. Non crediamo neppure che ad esso sia da negare un'ampiezza che transcenda l'ambito delle singole figure legislativamente disciplinate: delle quali, nel corso di questa esposizione, sono state richiamate - per comodità di ragionamento - solo le più note e sicure. Deve convincere in tal senso soprattutto il largo impiego che del principio viene facendo la giurisprudenza, indice indubbio della diversa prospettiva che il principio ha assunto nel diritto vivente e che non può essere ignorata della scienza giuridica.<sup>116</sup>

#### 5.4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROPOSTOS DA EFICÁCIA DA APARÊNCIA DE DIREITO

São várias as fundamentações para justificar a eficácia da aparência de direito. Alguns autores simplesmente repelem essa noção de aparência de direito porque dizem que atenta contra a liberdade do consentimento. Escudam-se, de acordo com Vicente Ráo, primordialmente na regra segundo a qual ninguém pode transferir direito que não seja seu, ou mais direito do que tenha (*nemo dat quod non habet; nemo ad alium transferre potest quam ipse habet*). É a posição de Vergé e Ripert (in *Rép. Droit Civil*, Dalloz, 1951, vb. *apparence*) citando diversos autores, principalmente, Laurent (*Principles*, vol. 13, nº 281)<sup>117</sup>.

Tais teorias foram entretanto rejeitadas pela doutrina e pela jurisprudência, compelidas pelo desenvolvimento crescente das relações jurídicas, como bem o demonstra a argumentação dos irmãos Mazeaud, citada anteriormente<sup>118</sup>. Dos fundamentos

---

<sup>116</sup>FALZEA, Angelo. *op. cit.*, p. 701

<sup>117</sup>RÁO, Vicente. *op. cit.*, p. 234

<sup>118</sup>MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. *op. cit.*, p. 140

doutrinários apresentados por diversos autores destacam-se os que passamos a expor a seguir.

A primeira idéia de justificativa da aparência fundamenta-se em torno do art. 1321 do Código Civil francês que dispõe:

Art. 1321 - Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles n'ont point d'effet contre les tiers.<sup>119</sup>

Baseados em tal dispositivo se reconhece a eficácia do ato ostensivo nas simulações, sem consideração das ressalvas trocadas entre as partes do ato simulado. Ionesco, depois de constatar que a aparência e a simulação produzem os mesmos efeitos, conclui que a sanção do art. 1321 pode ser estendida a todas as hipóteses de aparência<sup>120</sup>. Os fundamentos propostos para esse artigo são variados, uns argumentando que se trataria de uma aplicação particular das regras de responsabilidade civil, a simulação constituindo uma falta. Para outros, os efeitos da simulação corresponderiam à uma pena civil sancionando a intenção de enganar. Para outros, ainda, o art. 1321 se explicaria pelo adágio "*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*".<sup>121</sup>

Entretanto, como bem ressalta Calais-Auloy seja qual for o valor das explicações dadas para a fundamentação da validade dos atos simulados, é impossível generalizá-las para aplicá-las a todos os casos de aparência:

Quelle que soit la valeur de ces explications appliquées à la seule simulation, il est impossible de les généraliser par les appliquer à tous les cas d'apparence. Si l'on parle d'une faute ou d'un peine, comment expliquer la responsabilité de la personne qui, n'ayant commis aucune simulation, est engagée par l'apparence, par exemple l'associé merribre d'un

---

<sup>119</sup> Code Civil Français. 66. éd. Paris : Dalloz, 1977, p. 591

<sup>120</sup> IONESCO. Les effets juridiques de l'apparence en droit privé. Thèse. Strasbourg, 1927 - p. 120 et s.

<sup>121</sup> CALAIS-AULOY. *op. cit.*, p. 20

société nulle mais apparentement régulière ? Si l'on invoque l'effet relatif des conventions, comment justifier les conséquences de l'apparence, lorsque la réalité n'est pas cachée dans une contre-lettre, mais en raison d'une difficulté matérielle d'investigation, à propos par exemple des rapports sous-jacents aux rapports cambiais ?<sup>122</sup>

A conclusão a que chega o autor é a de que a validade dos atos ostensivos na simulação, longe de constituir um princípio geral, é, na verdade, uma aplicação particular feita pelo legislador das regras da aparência. Para Calais-Auloy as regras ditadas pela aparência não dependem da origem desta aparência: seja a sociedade aparente por irregularidade de sua constituição, seja por simulação, as consequências para os terceiros serão as mesmas, a validade dos atos ostensivos<sup>123</sup>.

Outros autores invocam o princípio da responsabilidade para explicar, juridicamente, o dever do verdadeiro titular de respeitar o ato praticado por outrem com o titular aparente, seja o princípio da responsabilidade pela culpa, seja o da responsabilidade pelo risco, seja o da responsabilidade pelo não exercício do direito por parte de seu titular<sup>124</sup>.

Essa teoria fez fortuna na jurisprudência que procurou basear na noção de falta ou de risco toda a sorte de decisões relativas à aparência, convertendo esta num ramo da responsabilidade civil. Calais-Auloy argumenta, com proficiência, que, se essa teoria é perfeitamente válida para explicar certos casos, ela, não obstante, não abrange todas as hipóteses de aparência:

Cette conception, qui aboutit à faire de la théorie de l'apparence, une branche de celle de la responsabilité civile, a pour elle le mérite de la simplicité et de la clarté. Mais elle doit être écartée, car, parfaitement

---

<sup>122</sup> CALAIS-AULOY. *op. cit.*, p. 20

<sup>123</sup> CALAIS-AULOY. *op. cit.*, p. 20/21

<sup>124</sup> RÁO, Vicente. *op. cit.*, p. 236/237

valable dans certains cas, elle ne saurait recouvrir toutes les hypothèses d'apparence. Il existe des situations trompeuses qui ne résultent d'aucune faute et qui cependant donnent lieu à l'application des règles d'apparence. Ainsi, une personne n'est pas nécessairement en faute si une autre paraît être son mandataire, et pourtant la première est, en droit commercial, généralement tenue par les actes de seconde. Ainsi encore, une société nulle peut revêtir une apparence de régularité sans aucune faute de la part de certains associés. Ainsi surtout, il est impossible de relever une faute à la charge de la personne qui signe un effet de commerce dont la fausseté n'est pas apparente du moment qu'elle ne recouvre pas la totalité des hypothèses dans lesquelles une obligation résulte d'une situation trompeuse, l'idée de faute devrait être abandonnée.<sup>125</sup>

Argumenta ainda Calais-Auloy que, mesmo nos casos onde se admite a responsabilidade decorrente de falta (art. 1382 do Código Civil francês), é necessário haver um nexo de causalidade entre a falta e o dano. Ora, na ideia de aparência não é necessário haver esse nexo de causalidade, apenas a boa fé específica da aparência, já cria o vínculo obrigacional: assim, um terceiro que contrata de boa fé com um mandatário aparente pode agir contra o falso mandante sem precisar provar a insolvabilidade do falso mandatário. Essa solução não pode se explicar pela exigência de um nexo de causalidade; é preciso, portanto, recorrer à ideia de boa fé específica da aparência<sup>126</sup>.

Como bem sintetiza, portanto, Vicente Ráo:

O fundamento extraído do princípio da responsabilidade (atitude ativa ou omissiva) não justificaria, tampouco, todos os casos de aparência de direito, muitos dos quais ocorrem independentemente

---

<sup>125</sup> CALAIS-AULOY. *op. cit.*, p. 22

<sup>126</sup> CALAIS-AULOY. *op. cit.*, p. 22/23

de culpa, sem laço de causalidade entre a culpa e a aparência; a responsabilidade por dano objetivo ou risco, por sua vez, somente seria admissível por disposição excepcional e expressa de lei nos sistemas, como o nosso, que da culpa faz resultar, em regra, a responsabilidade, salvo casos expressos taxativamente enumerados.<sup>127</sup>

Um fundamento de caráter psico-social é apresentado por Emmanuel Levy que sustenta que os direitos repousam sobre as crenças<sup>128</sup>. Cada indivíduo deve ter uma confiança legítima na regularidade de seu direito e a cada qual incumbe a obrigação de não iludi-la, de sorte que se por sua atividade ou inatividade violar esta obrigação, deverá suportar as consequências de sua atitude: quando, pois, um terceiro acreditou na operação realizada por um titular aparente, o titular verdadeiro não a poderá invalidar desrespeitando a confiança legítima que houver criado. Aqui, a crença errônea é criadora de direito.

Calais-Auloy critica essa teoria argumentando que, se a boa fé do contratante é condição necessária para a configuração da aparência de direito, ela não é, contudo, suficiente para cobrir, em princípio, a inexistência jurídica ou a nulidade de uma situação ou de um ato:

En vertu de la théorie de l'apparence, un droit est créé au profit de la personne qui s'est trompée. Mais cela ne veut pas dire que de toute erreur résultera un droit. Il faut encore que cette erreur tire sa légitimité de l'existence d'un élément visible différent de la réalité cachée. C'est donc la bonne foi qui devient efficace en s'appuyant sur l'apparence et non l'apparence en s'appuyant sur la bonne foi<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> RÁO, Vicente. *op. cit.*, p. 239

<sup>128</sup> LEVY, Emmanuel. Les droits sont des croyances. *Revue Trimestrielle de Droit Civil. Tome XXIII*. Paris : Sirey, 1924, p. 59/61

<sup>129</sup> CALAIS-AULOY. *op. cit.*, p. 30

Certos autores consideram as regras da aparência como uma aplicação particular da regra “*error communis facit ius*”<sup>130</sup> e a jurisprudência, nas hipóteses onde é impossível de encontrar uma falta à carga do criador da aparência, não hesita em invocar o velho adágio.

Esse adágio tem um sentido preciso: o erro cria o direito na medida somente em que é comum. O critério é, em sua origem, objetivo, se procurando auferir se o erro é partilhado pelo conjunto do público. Com o refinamento das idéias jurídicas se substituiu esse critério objetivo por um critério subjetivo, o da invencibilidade: é preciso que a pessoa induzida a erro não o pudesse nem prever nem impedir. Estes dois tipos de critérios se reportam a uma mesma idéia, a de que a realidade só deixa de fazer valer seus direitos nas hipóteses em que os terceiros não têm estritamente nenhum meio de conhecer esta realidade.

Como já vimos anteriormente, essa doutrina é questionável porque não abrange todos os casos possíveis de aparência de direito e também porque devido à multiplicação das exteriorizações materiais e legais e à segurança dinâmica das relações jurídicas, exige-se uma dispensa maior de investigações; deve-se procurar um fundamento da aparência que seja menos imperioso, que não exija um erro absoluto, compartilhado pela massa, nem que seja invencível, mas erros capazes de ocorrer no cotidiano, no mundo apressado das relações civis e comerciais.

Também é importante ressaltar, como o faz Mariano D'Amélio, que o erro comum é a opinião errônea que tem a coletividade, é a convicção generalizada por força da qual todos reputam que certa situação de fato corresponde a uma situação de direito; ora, acrescenta, enquanto a opinião pública cria o direito (ou, como seria melhor dizer-se, enquanto cria o que supõe ser o direito) e contra ela a opinião individual não pode reagir, na aparência de direito é a situação de cada um (e não a opinião geral) o elemento que assume a importância maior e deve,

---

<sup>130</sup> MAZEAUD, Henri. *op. cit.*, p. 930/962

conseqüentemente, ser examinado atendendo-se às peculiaridades de cada caso<sup>131</sup>.

Em resumo, podemos constatar que as justificações propostas não abrangem a totalidade das espécies de aparência de direito, e que a justificação desta deve procurar necessariamente novos fundamentos.

## **6. APARÊNCIA DE DIREITO COMO PRINCÍPIO DE DIREITO**

### **6.1. FUNDAMENTO DA EFICÁCIA: O ERRO LEGÍTIMO**

Como bem aborda Calais-Auloy, a pessoa que está na origem da situação aparente é obrigada a quê? porque ela corre um risco participando da vida dos negócios. Ela não necessariamente simulou, nem necessariamente cometeu uma falta, mas é, entretanto, engajada, porque correu um risco, aquele de provocar, por sua atividade, uma aparência enganosa.

A existência de tal risco importa numa diminuição de certo tipo de segurança jurídica, pois a pessoa não está jamais certa de engajar-se no limite de sua vontade. Porém trata-se de uma segurança estática, própria do direito civil, dos direitos já adquiridos e consolidados e não da segurança dinâmica mais afeita ao direito comercial, à fortuna em movimento. Assim a idéia de risco aplicado à aparência é uma idéia de aparência criada. A pessoa é engajada porque sua atividade suscitou uma aparência enganosa; ela é engajada no limite dessa aparência e não no limite dos danos eventualmente resultantes<sup>132</sup>.

Argumenta ainda esse autor que, se um risco é posto no encargo de certas pessoas é porque outras pessoas mereceram ser titulares de um direito correlativo. As necessidades de segurança dinâmica da sociedade moderna exigem a criação desse direito em proveito da pessoa que é enganada pela

---

<sup>131</sup> D'AMÉLIO, Mariano. *Apparenza del diritto. op. cit.*, p. 716

<sup>132</sup> CALAIS-AULOY. *op. cit.*, p. 24/25



aparência. A explicação desse direito se encontra no erro legítimo cometido sob o engano das aparências.

Para se prevalecer da aparência é necessário, para Calais-Auloy, que, primeiramente, tenha-se cometido um erro, acreditando-se que a situação aparente era uma situação verdadeira. Esse erro confunde-se com a noção corrente de boa fé-crença.

Mas, embora necessária, a boa fé não é suficiente para configurar o erro criador de direito. É necessário, também, a legitimidade dessa crença, ou seja, que a realidade esteja escondida sob um elemento visível diferente e que este conduza os terceiros a se enganarem, tomando a aparência por realidade. Para o autor, nas relações sociais modernas e, particularmente, no direito comercial, a segurança dinâmica é mais favorecida, pois o erro é protegido, mesmo se ele não é invencível, basta somente que seja legítimo. Assim são satisfeitas as necessidades de circulação (pois que nenhuma pessoa hesitará em tornar-se adquirente) e de rapidez (pois que nenhuma pessoa será submetida a proceder a longas investigações)<sup>133</sup>.

Deve-se, portanto, em cada aplicação que o direito faz da teoria, procurar o erro legítimo que fundamenta o direito reconhecido aos terceiros. Erro, isto é, elemento psicológico. Legitimidade do erro, quer dizer, elemento material constitutivo da aparência.

Segundo Vicente Ráo a aparência de direito se caracteriza e produz os efeitos que a lei lhe atribui somente quando realiza os seguintes requisitos objetivos e subjetivos:

Requisitos essenciais objetivos:

- a) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma situação de direito;
- b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas;

---

<sup>133</sup> CALAIS-AULOY. p. 32/34

c) e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse.

Requisitos essenciais subjetivos:

a) a incidência em erro de quem, de boa fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera;

b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu.<sup>134</sup>

Prossegue o autor dizendo que

não é apenas a boa fé que caracteriza a proteção dispensada à aparência de direito. Não é, tampouco, o erro escusável, tão somente. São esses dois requisitos subjetivos inseparavelmente conjugados com os objetivos referidos acima, - requisitos sem os quais ou sem algum dos quais a aparência não produz os efeitos que pelo ordenamento lhe são atribuídos.

O fundamento da aparência assim caracterizada vem a ser, pois, a necessidade, de ordem social, de se conferir segurança às operações jurídicas, amparando-se, ao mesmo tempo, os interesses legítimos dos que corretamente procedem. Essa proteção se realiza de modo peculiar porque, repetimos, enquanto nos simples casos de erro (código civil, art. 86) a vontade de quem neles incide é protegida por via indireta mediante a possibilidade de anulação do ato, na aparência de direito a vontade de quem erra (supondo que o direito existe, ou que o titular ostensivo seja o titular verdadeiro) prevalece, como se realidade jurídica houvesse, e não apenas aparência. Nos termos expostos, portanto, a aparência

---

<sup>134</sup> RAO, Vicente. *op. cit.*, p. 243

de direito produz os mesmos efeitos da realidade de direito, salvo particulares restrições legais.<sup>135</sup>

É o erro legítimo, portanto, em sua dupla acepção de boa fé e erro escusável, que fundamenta a idéia de aparência de direito.

## 6.2. A APARÊNCIA E SEU CARÁTER DE PRINCÍPIO JURÍDICO

Fixados os fundamentos da eficácia da aparência de direito, devemos partir para uma questão mais tormentosa que é a de se saber se a aparência de direito pode ser considerada um princípio geral de direito, alhures, e em nosso ordenamento positivo.

No que se refere ao direito italiano, Angelo Falzea depois de aludir à corrente doutrinária (a que pertencem na Itália, Stolfi, Verga, Coviello, Cariota, Ferrara e outros) que contesta a legitimidade do princípio da aparência, bem assim à corrente oposta (com Mossa, Messineo, D'Amélio) que ao mesmo princípio atribui o mais vasto campo de aplicação - expressamente o admite, ressaltando sobretudo o papel da jurisprudência na configuração das regras da aparência em princípio de direito:

não acreditamos que se possa contestar a legitimidade do princípio jurídico da aparência inferido das disposições inequívocas do nosso direito positivo. Não acreditamos, tampouco, que se lhe possa negar uma amplitude que excede o âmbito das figuras particulares disciplinadas legislativamente. Neste sentido, é convincente, sobretudo, o emprego amplo que desse princípio vem fazendo a jurisprudência, como índice não duvidoso das perspectivas que o princípio vem assumindo no direito vivo e que a ciência jurídica não pode desconhecer. Contudo, a legitimidade do princípio não pode autorizar a sua utilização incauta, particularmente em relação às

---

<sup>135</sup> RÁO, Vicente. *op. cit.*, p. 243/244

espécies de fato que encontram, em nossa lei, uma disciplina integral.<sup>136</sup>

Mariano D'Amelio analisando o caso do herdeiro aparente esclarece que, a partir dele pode-se alçar a categoria desse ius singulare a de um princípio geral porque embora nascido de determinadas relações jurídicas o princípio pode ser levado a participar do sistema geral, sendo invocado para regular situações jurídicas análogas. Tais situações jurídicas, sendo idênticas no fundo, é de presumir-se que o legislador as teria regulado do mesmo modo se as tivesse considerado. Argumenta ele que a localização da regra não é um argumento considerável, pois a circunstância de se achar afirmada a propósito de um instituto determinado não é boa razão para se concluir que foi disposta somente para ele. Perquirida a razão especial que levou o legislador a tutelar os direitos dos que tratam com o herdeiro aparente, verifica-se que, em outras situações, existe a mesma *utilitas*. Seria portanto absurdo discipliná-las de modo diverso, uma vez que são análogas as condições de fato, diferenciando-se apenas em pontos secundários.

São, segundo D'Amélio, exigências sociais que justificam a adoção do princípio nos amplos termos que lhe empresta a doutrina moderna. Deve-se, de acordo com esse autor, permitir que tomem a aparência como realidade por três razões principais: 1ª - para não criar surpresas à boa-fé nas transações do comércio jurídico; 2ª - para não obrigar os terceiros a uma verificação preventiva da realidade do que evidencia a aparência; 3ª - para não tornar mais lenta, fatigante e custosa a atividade jurídica<sup>137</sup>.

Igualmente no direito francês a aparência de direito há longo tempo foi guindada à categoria de princípio de direito, sendo fartamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Henri Mazeaud expressamente o admite, reportando-se à difusão do adágio *error communis facit ius* na jurisprudência:

---

<sup>136</sup> FALZEA, Angelo. *op. cit.*, p. 701

<sup>137</sup> D'AMÉLIO, Mariano. *Apparenza del diritto. op. cit.*, p. 716

La jurisprudence n'applique pas l'adage seulement à l'incapacité des témoins instrumentaires. Elle l'invoque pour valider les actes passés par tous les incapables qui, à la suite d'une erreur invincible, étaient considérés comme capables. Elle fait notamment application de la maxime à la femme mariée non autorisée. Les arrêts ont trouvé là un nouveau moyen pour saper l'incapacité de la femme mariée. La femme mariée qui, avec ou sans manœuvres dolosives, a créé une apparence invincible de capacité, ne peut invoquer la nullité des actes qu'elle a passés.

Le mari qui a prêté la main à la création de cette apparence, ne saurait, lui non plus, se prévaloir de la nullité.

Telles sont les espèces dans lesquelles la jurisprudence a eu, le plus fréquemment, l'occasion d'assurer le maintien d'une situation de fait contraire au droit, en appliquant l'adage **Error communis facit ius**.

Cette énumération n'est nullement limitative; il serait vain de chercher à préciser tous les cas dans lesquels la maxime peut être invoquée. **Elle a, en effet, pour champ d'application le droit tout entier. Elle constitue une exception d'ordre général à la règle de droit.**<sup>138</sup>

Também a jurisprudência do mais alto Tribunal francês vem considerando a aparência como fonte de obrigação, como direito autônomo, com base no princípio geral, independentemente da aplicação do adágio latino:

Entretanto essa situação se modifica em 1962 quando a Assembléia Plenária Civil da Corte de Cassação, examinando um caso de mandato aparente proclama

---

<sup>138</sup> MAZEAUD, Henri. *op. cit.*, p. 959

a autonomia da aparência, neste caso, como fonte de obrigação.

O **leading case** dessa nova orientação foi o pronunciado no caso **Banque Canadienne nationale c. Directeur général des impôts** em 13 de dezembro de 1962, onde o Tribunal reconheceu que o mandante poderia ser engajado sob o fundamento de um mandato aparente, mesmo na ausência de uma falta suscetível de lhe ser atribuída, se a crença do terceiro entendesse que os poderes do mandatário eram legítimos, essa característica supondo que as circunstâncias autorizavam o terceiro a não verificar os limites exatos de seus poderes.

Versava o caso sobre o presidente de um banco, sociedade anônima, que, por sua só assinatura, havia subscrito em nome do banco, perante a Administração pública, a caução solidária em uma sociedade de recuperação de bens naufragados. A Administração pública postulava que, tendo legitimamente considerado que tratava com um mandatário agindo dentro dos limites de seus poderes normais, o banco ficava, em virtude de tal mandato aparente, obrigado a executar a obrigação.

A Corte decidiu a validade do engajamento do banco, rejeitando a alegação de imprudência imputada à Administração pública, pois esta, nas ditas condições, de um negócio normal do banco, não estaria obrigada a exercer uma pesquisa exaustiva acerca de poderes especiais dos administradores do banco.

Há aqui uma mudança sensível acerca dos condições a partir das quais um terceiro pode invocar a aparência. De uma maneira geral, a jurisprudência francesa vinha considerando como fundamento da aparência o adágio **error communis facit ius**, ou seja, exigindo para a validade dos atos, de uma parte, que o terceiro estivesse de boa fé e, de outro lado, que

o erro fosse comum ou mesmo invencível. Com o acórdão referido acima, há uma mudança dessa orientação jurisprudencial: não se exige mais, para engajar o mandante, que o erro cometido pelo terceiro acerca da existência do mandato seja invencível; é suficiente que a crença do terceiro nos poderes do mandatário seja legítima. Essa crença será legítima, segundo o acórdão, com a aferição das circunstâncias: com a verificação da situação do mandatário tal como parecia exteriormente, a importância de suas funções, os hábitos geralmente seguidos no tratamento de tal gênero de operações, etc... Sempre que estas estivessem de acordo com a cautela usualmente empregada, poderia se dispensar o terceiro de uma verificação aprofundada<sup>139</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, segundo Orlando Gomes, apesar de haver uma aceitação da teoria da aparência, não houve a sua condensação numa disposição geral, ficando circunscrita aos limites geralmente aceitos pela doutrina e pela jurisprudência<sup>140</sup>.

Argumenta também nessa linha de raciocínio Ricardo Pereira Lira:

Parece óbvio que APARÊNCIA, per se, não é fonte formal de obrigação.

A aparência gerará a obrigação, ex lege, quando a lei assim o determine, ou quando ao mesmo resultado se possa chegar pela via da analogia.

(..) Essa advertência [no texto, de Falzea] nos leva à consciência da necessidade de enfrentar o fenômeno da aparência com máxima cautela, para o fim de evitar que, em nome da boa-fé de terceiros, não se termine

---

<sup>139</sup> CAPITANT, Henri (org.). *op. cit.*, p. 679 (Cornu, obs. sous l'arrêt rapporté, Rev. trim. dr. civ. 1963.572; Léauté, *Le mandat apparent*, Rev. trim. dr. civ. 1947.288)

<sup>140</sup> GOMES, Orlando. *op. cit.*, p. 118/119

por subverter princípios jurídicos assentes e consagrados.<sup>141</sup>

A aceitação bastante generalizada da aparência na doutrina e na jurisprudência parece, entretanto, não dar amparo a essa visão mais restrita. A aparência de direito se configura num princípio ético-jurídico, ou seja, uma pauta orientadora da normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, pode justificar decisões jurídicas. Larenz define bem as características dos princípios ético-jurídicos e o processo de sua formação:

Esses princípios possuem um conteúdo material de justiça; por esse motivo podem ser entendidos como manifestações e especificações especiais da idéia de Direito, tal como este se revela na 'consciência jurídica geral', neste estágio da evolução histórica. Enquanto 'princípios' não são regras imediatamente aplicáveis aos casos concretos mas idéias diretrizes, cuja transformação em regras que possibilitem uma resolução tem lugar em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência, segundo o processo de concretização e aperfeiçoamento de princípios mais especiais mediante a formação de grupos de casos. Alguns deles tem o escalão de normas constitucionais; outros, como o princípio da "boa-fé", estão expressos nas leis ou infere-se delas, recorrendo à **ratio legis**, o fundamento justificante de uma regulação legal. Enquanto critérios 'teológicos-objetivos' são coadjuvantes para a interpretação, bem como para a integração de lacunas, aqui constituem o fundamento para uma analogia global e, por vezes, também para uma redução teleológica.

**Trata-se de um desenvolvimento do Direito superador da lei de acordo com um princípio ético-jurídico, quando um tal princípio, ou também um novo**

---

<sup>141</sup> LIRA, Ricardo César Pereira. *op. cit.*, p. 316/318



âmbito de aplicação de tal princípio, é conhecido pela primeira vez e expresso de modo convincente. **O motivo para isso constitui, as mais das vezes, um caso, ou uma série de casos de igual teor, que não pode ser solucionado de um modo que satisfaça a sensibilidade jurídica com os meios de interpretação da lei e de um desenvolvimento do Direito imanente à lei.**<sup>142</sup>

Assim, o princípio da aparência de direito possui todas as características que informam a idéia de um princípio ético-jurídico, apto a desenvolver um sentido superador da regra legal estrita: tem um conteúdo material de justiça, está de acordo com a consciência jurídica geral de nosso tempo (vide o direito comparado), pode ser inferido de diversas normas legais, recorrendo-se à mesma *ratio legis*<sup>143</sup> e é constituído por toda uma série de casos de igual teor, o que constitui o fundamento de uma analogia global.

Como bem se expressa Henri Mazeaud, justificando a idéia de um princípio geral a modificar a orientação legal tendo em vista o predomínio do interesse social:

La jurisprudence trouve dans cet adage un merveilleux instrument, qui lui permet d'adoucir et de tempérer tout ce qu'une application stricte de la loi aurait de contraire à l'intérêt social.

En raison même de la complication toujours plus grande des rapports juridiques, on est de plus en plus obligé de se fier à l'apparence; on ne peut pas aller au fond des choses. Il faut, sous peine de troubler l'ordre social que 'l'apparence raisonnable du droit produise, dans les rapports avec les tiers, les mêmes effets que le droit lui-même.<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1989, p. 511

<sup>143</sup> LIRA, Ricardo César Pereira. *op. cit.*, p. 316/317

<sup>144</sup> MAZEAUD, Henri. *op. cit.*, p. 960

Esclarece Carlos Maximiliano em sua obra consagrada que os princípios de direito

não se encontram em pleno ideal, nas alturas vertiginosas da abstração pura; e sim na parte da teoria jurídica hodierna que se acha em contato com a ciência do exterior e as correntes sociais do país. Não bastam as opiniões isoladas, individuais, nem tampouco o ensinamento dos jurisconsultos, sem distinção nenhuma; exige-se até algo mais do que a *communis opinio doctorum*: a doutrina consagrada, indiscutivelmente vitoriosa (*bewaehrte*), aceita por mestres de consolidado prestígio e reconhecida competência.<sup>145</sup>

Ora, vimos em cotejo das principais teorias do direito comparado que a aparência é regularmente aceita como um princípio de direito, que informa todo o ordenamento; é farta também a aceitação da validade da aparência como princípio na doutrina; é menor, mas também significativa, sua aceitação como princípio na jurisprudência:

#### TEORIA DA APARÊNCIA - ACOLHIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO - BOA FÉ -

A nossa legislação, além do art. 1600 do Código Civil, acolheu a aparência em vários outros de seus dispositivos, como, por exemplo, os arts. 1.318, 221 e 935, **não havendo razão para que o princípio não seja aplicado analogicamente a outras hipóteses**, como admite o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. No próprio direito administrativo, a teoria da aparência encontra aplicação, como acontece em relação ao funcionário de fato, cuja validade de seus atos é reconhecida em relação aos terceiros de boa-fé. **Na verdade, a exigência da preservação da segurança das relações jurídicas e o resguardado**

---

<sup>145</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991, p. 301

**da boa-fé de terceiros deve justificar o acolhimento da teoria da aparência** (TJRJ - Ac. unân. da 5ª Câm. de de 8.9.81; reg. 13.10.81- Ap. 18.302 - rel Des. Graccho Aurélio).<sup>146</sup>

#### VENDA - EMPREGADO DE ARMAZÉM.

A simples presença de empregados em um armazém, nos lugares destinados à venda, é de molde a considerá-los autorizados para vender as mercadorias ali existentes, e o terceiro que as comprou de boa-fé se estriba em tal argumento para garantir-se da operação, a menos que o contrário resultasse de circunstâncias conhecidas. “O direito de aparência, que tanto no mandato como em outros contratos, pode salvar e prestigiar arbitrariamente. **É calcado em regras e em princípios de onde tira a sua força garantidora dos negócios realizados ou dos direitos que deles se geram**” (TASP - Ac. unân.da 6ª Câm. de 27.11.84 - Ap. 333.320 - rel. Juiz Ferreira da Cruz).<sup>147</sup>

Sintetizando, podemos concluir com Vicente Ráo que

dos casos expressamente ou implicitamente admitidos por lei a doutrina extraiu o princípio jurídico da aparência de direito, não mediante o simples processo de analogia, mas através da investigação do fundamento das disposições legais, e, assim sendo, a indicação legal desses casos não é taxativa, pois não exclui a admissão dos demais que realizarem os requisitos da aparência segundo sua qualificação jurídica, o que se deve apurar através do exame de cada espécie concreta, de fato;

---

<sup>146</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 1/2

<sup>147</sup>VILLAS BOAS, Darnley. *op. cit.*, p. 50

se a aparência de direito possui a força de princípio, nem por isso, em sua aplicação, pode-se dispensar o emprego da máxima cautela, à vista da delicadeza da matéria e da possibilidade de causar prejuízo injusto ao direito alheio.<sup>148</sup>

## CONCLUSÃO

O presente trabalho traduz, no correr de suas partes diversas, a preocupação de delimitar a correta dimensão da teoria da aparência e de avaliar as diferentes formas possíveis de sua aplicação, nos múltiplos campos sob os quais incide. Seu pressuposto básico foi o da necessidade de se conhecer mais a fundo não só a doutrina corrente acerca dessa questão, mas sobretudo, como esta vêm sendo entendida, deglutida e reelaborada pela prática criadora dos Tribunais em nosso ordenamento e, na medida do possivelmente comparável, nos sistemas jurídicos alienígenas.

Este estudo teve como elemento norteador de sua sisternática a preocupação com a eficácia social das diferentes formas de aplicação da teoria da aparência. Esta é a idéia pré-compreensiva que informa o texto. Dentro de uma exegese rigorosa, entendendo o Direito como um sistema hermético, mas, contudo, aberto a múltiplas possibilidades diversas de compreensão cognitiva e de integração de seus dispositivos, buscou-se dar à aplicação da teoria da aparência no direito civil a sua maior efetividade possível, dentro dos cânones rigorosos do sistema jurídico pátrio.

Em síntese de todos esses cenários, tendo sempre em vista o processo de realização efetiva da teoria da aparência, é possível resumir algumas idéias em proposições objetivas, relativamente a cada uma de suas partes:

1 - A idéia de aparência se dá quando um fenômeno manifestante faz aparecer como real aquilo que é irreal, ou seja,

---

<sup>148</sup> RÁO, Vicente. *op. cit.*, p. 247

quando há uma descoincidência absoluta entre o fenômeno manifestante e a realidade manifestada.

2 - Na aparência de direito ocorre a predominância da segurança jurídica sobre a certeza do direito, por isso, os terceiros de boa fé, com base na aparência, podem ter em conta a exteriorização e ignorar a realidade oculta. Outro aspecto relevante da aparência de direito é o de que ela se restringe tão-somente aos casos para os quais só se possa aplicar o princípio geral da aparência: sempre que estivermos diante de situações para as quais o direito já tenha assegurado tutela específica, não estaremos diante de situações regidas pelos cânones da aparência de direito.

3 - Da análise do direito comparado, de sua doutrina e jurisprudência, reluz a idéia de que a proteção mais efetiva e assecuratória da aplicação da aparência de direito é aquela proporcionada pelo princípio geral da aparência de direito, abarcando todo o ordenamento jurídico, cuja aplicação às diversas situações fáticas a lei condiciona ao prudente arbítrio do juiz, sopesados a boa fé de terceiros, a legitimidade do seu erro e as demais circunstâncias de cada caso.

4 - No ordenamento brasileiro foi assegurada proteção jurídica a diversos casos de aparência de direito, não só no Esboço de Teixeira de Freitas mas também no próprio Código Civil. Entretanto, o Código Civil de 1916 não estabeleceu em seus preceitos uma teoria geral da aparência, a partir da qual se pudesse, por via da analogia, reconhecer situações aparentes como situações jurídicas de fato. Assim, de acordo com o sistema estabelecido pelo Código de 1916, a aparência, *per se*, não é fonte formal de obrigação. Só gerará a obrigação, *ex lege*, quando a lei assim o determine, ou naquelas situações rigidamente analógicas aos preceitos positivos.

5 - A aceitação e aplicação da teoria da aparência pelos Tribunais ainda é vacilante, prendendo-se muito mais a critérios valorativos pessoais de cada juiz do que a uma sistematizada e metódica teorização da matéria, que assegurasse a uniformidade dos julgados.

6 - É inúmera a casuística da aparência de direito reconhecida na doutrina e na jurisprudência, destacando-se:

domicílio aparente, posse do estado de casado, casamento putativo, *malitia supplet aetatem* (menor que dolosamente oculta a idade), proprietário aparente, credor aparente, autorização aparente, mandato aparente, herdeiro aparente, sociedade civil aparente, casamento putativo, posse do estado de filiação, atos praticados pelo funcionário aparente ou de fato, comerciante de fato, efeitos de negócio inexistente ou nulo, quitação ou aceite por representante aparente, etc..

7 - São várias as doutrinas que procuram fundamentar a aparência de direito. Dentre estas, destacam-se a doutrina francesa, alemã e italiana. A doutrina francesa buscou fundamentar a aparência de direito no adágio *error communis facit ius*, ou seja, na idéia de que, desde que o erro seja compartilhado pela maior parte, senão por todos, e inescusável, não podendo ser previsto nem impedido, a aparência seria criadora de direito. A teoria alemã procurou vincular a aparência ao princípio geral da publicidade: desde que o titular fosse portador de um título de investidura formal, estaria criada uma situação de garantia para o terceiro, embora o direito em questão fosse apenas aparente. O direito italiano procurou fundamentar a aparência de direito em critérios objetivos, partindo sobretudo da interpretação analógica dos preceitos reguladores da aparência no direito positivo, sobretudo o relativo ao herdeiro aparente, e eregindo esse *ius singulare* em princípio, extensível a todo o ordenamento jurídico.

8 - São também inúmeras as teorias levantadas por doutrinadores para fundamentar a eficácia da aparência de direito. Ionesco após constatar a eficácia do ato ostensivo nas simulações e a similitude dos efeitos deste com a aparência, procura estender essa eficácia a todas as hipóteses de aparência de direito. Outros autores invocam o princípio da responsabilidade para explicar, juridicamente, o dever do verdadeiro titular de respeitar o ato praticado por outrem com o titular aparente, seja o princípio da responsabilidade pela culpa, seja o da responsabilidade pelo risco, seja o da responsabilidade pelo não exercício do direito por parte de seu titular. Um fundamento de caráter psíco-social é apresentado por Emmanuel Levy que sustenta que os direitos repousam sobre as crenças. Cada indivíduo deve ter uma confiança legítima na regularidade de seu direito e a cada qual

incumbe a obrigação de não iludi-la, de sorte que se por sua atividade ou inatividade violar esta obrigação, deverá suportar as consequências de sua atitude: quando, pois, um terceiro acreditou na operação realizada por um titular aparente, o titular verdadeiro não a poderá invalidar desrespeitando a confiança legítima que houver criado. Aqui, a crença errônea é criadora de direito.

9 - A refutação da doutrina francesa do *error communis facit ius* é feita principalmente por Jean Calais-Auloy. Argumenta ele que essa doutrina é questionável porque não abrange todos os casos possíveis de aparência de direito e também porque devido à multiplicação das exteriorizações materiais e legais e à segurança dinâmica das relações jurídicas, exige-se uma dispensa maior de investigações; deve-se procurar um fundamento da aparência que seja menos imperioso, que não exija um erro absoluto, compartilhado pela massa, nem que seja invencível, mas erros capazes de ocorrer no cotidiano, no mundo apressado das relações civis e comerciais. A doutrina alemã do princípio da publicidade também não é aplicável à generalidade dos ordenamentos jurídicos porque falta a estes a formalidade absoluta dos títulos que é característica essencial do direito civil alemão. Quanto à doutrina italiana de estabelecimento de princípios gerais aplicáveis a todo o ordenamento, parece ser este o caminho seguido pela doutrina e pela jurisprudência para a fundamentação, em termos rigorosos, da teoria da aparência, desde que, se estabeleça com precisão os mecanismos que possibilitam a transformação de regras positivas específicas em princípios gerais.

10 - Não pode prosperar também as doutrinas propostas no item 8 para a fundamentação da eficácia da aparência de direito porque estas não explicam, em geral, a totalidade dos casos de aparência de direito. A extensão da validade dos atos ostensivos na simulação a todos os casos de aparência não é pertinente porque existem inúmeros casos de aparência onde não há qualquer conduta dolosa por parte do agente ativo. A validade desses atos simulados, longe de constituir um princípio geral, é, na verdade, uma aplicação particular feita pelo legislador das regras da aparência.

11 - A fundamentação da eficácia da aparência de direito no princípio da responsabilidade embora possa explicar certos casos, também não explica a totalidade das hipóteses de aparência. Argumenta Calais-Auloy que mesmo nos casos onde se admite a responsabilidade decorrente de falta é necessário haver um nexo de causalidade entre a falta e o dano. Ora, na idéia de aparência não é necessário haver esse nexo de causalidade, apenas a boa fé específica da aparência, já cria o vínculo obrigacional: assim, um terceiro que contrata de boa fé com um mandatário aparente pode agir contra o falso mandante sem precisar provar a insolvabilidade do falso mandatário. Essa solução não pode se explicar pela exigência de um nexo de causalidade; é preciso, portanto, recorrer à idéia de boa fé específica da aparência.

12 - No caso da fundamentação psico-social da aparência de direito unicamente na boa fé de terceiros, a idéia dominante no direito é a de que se a boa fé do contratante é condição necessária para a configuração da aparência de direito, ela não é contudo suficiente para cobrir, em princípio, a inexistência jurídica ou a nulidade de uma situação ou de um ato.

13 - O fundamento proposto para a eficácia da aparência é o de que a pessoa que está na origem da situação aparente é obrigada porque ela corre um risco participando da vida dos negócios. Ela não necessariamente simulou, nem necessariamente cometeu uma falta, mas é, entretanto enganada porque correu um risco, aquele de provocar, por sua atividade, uma aparência enganosa. A existência de tal risco importa numa diminuição de certo tipo de segurança jurídica, pois a pessoa não está jamais certa de engajar-se no limite de sua vontade. Porém, trata-se de uma segurança estática, própria do direito civil, dos direitos já adquiridos e consolidados e não da segurança dinâmica mais afeita ao direito comercial, à fortuna em movimento. Assim a idéia de risco aplicado à aparência é uma idéia de aparência criada. A pessoa é enganada porque sua atividade suscitou uma aparência enganosa; ela é enganada no limite dessa aparência e não no limite dos danos eventualmente resultantes.

14 - Idéia correspondente a esta é a do direito correlativo: se um risco é posto no encargo de certas pessoas é porque outras



peçoas mereceram ser titulares de um direito correlativo. A explicação desse direito se encontra no erro legítimo cometido sob o engano das aparências. Para se prevalecer da aparência é necessário, que, primeiramente, tenha-se cometido um erro, acreditando-se que a situação aparente era uma situação verdadeira. Esse erro confunde-se com a noção corrente de boa fé-crença. Mas embora necessária, a boa fé não é suficiente para configurar o erro criador de direito. É necessária, também, a legitimidade dessa crença, ou seja, que a realidade esteja escondida sob um elemento visível diferente e que este conduza os terceiros a se enganarem, tomando a aparência por realidade. Nas relações sociais modernas, a segurança dinâmica é mais favorecida, pois o erro é protegido, mesmo se ele não é invencível, basta somente que seja legítimo. Deve-se, portanto, em cada aplicação que o direito faz da teoria, procurar o erro legítimo que fundamenta o direito reconhecido aos terceiros. Erro, isto é, elemento psicológico. Legitimidade do erro, quer dizer, elemento material constitutivo da aparência. É o erro legítimo, portanto, em sua dupla acepção de boa fé e erro escusável, que fundamenta a idéia de aparência de direito.

15 - A aparência de direito se caracteriza e produz os efeitos que a lei lhe atribui somente quando realiza os seguintes requisitos objetivos e subjetivos:

Requisitos essenciais objetivos: a) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma situação de direito; b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; c) e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse.

Requisitos essenciais subjetivos: a) a incidência em erro de quem, de boa fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera; b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu.

16 - A aparência de direito não constitui, para numerosos doutrinadores, um princípio jurídico geral, aplicável a todos os casos de aparência do ordenamento, mas somente àqueles

expressamente previstos em lei ou que possam a esses ser equiparados pelo recurso da analogia.

17 - Entretanto, a aceitação bastante generalizada da aparência na doutrina e na jurisprudência parece não dar amparo a essa visão mais restrita. A aparência de direito se configura num princípio ético-jurídico, ou seja, uma pauta orientadora da normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, pode justificar decisões jurídicas. A noção de aparência de direito possui todas as características que informam a idéia de um princípio ético-jurídico, apta a desenvolver um sentido superador da regra legal estrita: tem um conteúdo material de justiça, está de acordo com a consciência jurídica geral de nosso tempo (vide o direito comparado), pode ser inferida de diversas normas legais, recorrendo-se à mesma *ratio legis* e é constituída por toda uma série de casos de igual teor, o que constitui o fundamento de uma analogia global. É, portanto, um princípio geral, aplicável a todo o ordenamento jurídico brasileiro.

18 - Dos casos expressamente ou implicitamente admitidos por lei, a doutrina extraiu o princípio jurídico da aparência de direito, não mediante o simples processo de analogia, mas através da investigação do fundamento das disposições legais, e, assim sendo, a indicação legal desses casos não é taxativa, pois não exclui a admissão dos demais que realizarem os requisitos da aparência segundo sua qualificação jurídica, o que se deve apurar através do exame de cada espécie concreta, de fato.

19 - Se a aparência de direito possui a força de princípio, nem por isso, em sua aplicação, pode-se dispensar o emprego da máxima cautela, à vista da delicadeza da matéria e da possibilidade de causar prejuízo injusto ao direito alheio.

Em resumo, aplicando-se as idéias desenvolvidas em outros ordenamentos jurídicos e fundamentando-se a eficácia da aparência de direito na noção de erro legítimo, chega-se à conclusão de que o único critério capaz de efetivamente cumprir o escopo ontológico da teoria da aparência é o da sua equiparação a um princípio geral de direito, extensível a todo o ordenamento, mas sujeita sua aplicação ao prudente arbítrio judicial, atentando-se para as circunstâncias do caso, a boa fé dos terceiros, a

legitimidade do erro e as condições peculiares em que se encontram os agentes da relação jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CALAIS-AULOY, Jean. Essai sur la notion d'apparence en droit commercial. Paris : LGDJ, 1961
- CAPITANT, Henri (org.). *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. 6. éd. Paris : Dalloz, 1973
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro : Rio, 1977
- D'AMÉLIO, Mariano. Apparenza del diritto. *Novissimo Digesto Italiano. Vol. I*. Torino : Vnione Tipografico-Editrice Torinese, 1958
- FALZEA, Angelo. Apparenza. *Enciclopedia Del Diritto. Vol. II*. Milano : Giuffré Editore, 1958
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil. Vol. I*. Brasília : Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983
- \_\_\_\_\_. *Esboço do Código Civil. Vol. II*. Brasília : Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L. *Cuerpo del derecho civil romano. Primeira Parte. Instituta-Digesto*. Valladolid : Editorial Lex Nova, 1988
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980
- IONESCO. Les effets juridiques de l'apparence en droit privé. Thèse. Strasbourg, 1927
- LEVY, Emmanuel. Les droits sont des croyances. *Revue Trimestrielle de Droit Civil. Tome XXIII*. Paris : Sirey, 1924
- JUSTINIANO. *Digesto de Justiniano. Livro I*. tradução de Hécio Maciel França Madeira. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais; Osasco, SP : Centro Universitário FIEO, 2000
- \_\_\_\_\_. *Institutas de Justiniano*. tradução de José Cretella Júnior. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1989

- LIRA, Ricardo César Pereira. Considerações sobre a representação dos negócios jurídicos. A Teoria da aparência e o princípio da publicidade na administração pública. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, nº 1, UERJ, 1993
- MALHEIROS, Álvaro. Aparência de direito. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Comercial*. São Paulo, nº 6, out./dez., 1978
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991
- MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. *Leçons de droit civil. Tome II*. 5. éd. Paris : Montchrestien, 1975
- MAZEAUD, Henri. La Maxime "Error communis facit ius". *Revue Trimestrielle de Droit Civil. Tome XXIII*. Paris : Sirey, 1924
- RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. 3. ed. São Paulo : Max Limonad, 1965
- SILVEIRA, Alípio. *A boa fé no Código Civil. Vol. I*. São Paulo : Edição do autor, 1972
- VILLAS BOAS, Darnley. *Teoria da aparência no direito brasileiro*. Rio de Janeiro : BVZ, 1993